

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

LAUDO DEFINITIVO
(Resolución n.^o 53)

En la ciudad de Lima, con fecha 28 de febrero de 2013, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.^o 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Alfredo Zapata Velasco, Árbitro, y Ricardo Espinoza Rimachi, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral Final, en el proceso arbitral iniciado por Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo.

ANTECEDENTES

- Con fecha 10 de diciembre de 2008, Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. (en adelante, Odebrecht) y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo – PEHCBM (en adelante, el Proyecto) suscribieron el Contrato n.^o 500-2008-GRSM-PEHCBM, para la Ejecución de la Obra «Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Empalme PE-5N-Cuñumbue-Zapatero-San José de Sisa» (en adelante, el Contrato), derivado de la Licitación Pública n.^o 005-2008-GRSM-PEHCBM/CE-I Convocatoria.
- Con fecha 13 de junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 27, de fecha 8 de mayo de 2012, complementada con la Resolución n.º 30 , de fecha 30 de mayo de 2012, se estableció que el Tribunal Arbitral emitiría un Laudo Parcial en torno a la Tercera, Cuarta, Octava, Novena y Décimo Primera pretensiones principales, sus accesorias y subordinadas, quedando las otras pretensiones para ser resueltas en el presente Laudo.
- Con fecha 17 de octubre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial, relativa a la Sexta y Séptima Pretensiones Principales y sus subordinadas.
- Con fecha 17 de octubre de 2012, se llevó a cabo la Cuarta Audiencia de Ilustración. En dicha Audiencia, las partes expusieron sus posiciones en torno a la Sexta y Séptima Pretensiones Principales y sus respectivas pretensiones subordinadas.
- Mediante Resolución n.º 41, de fecha 23 de octubre de 2012, se otorgó a las partes un plazo de ocho (8) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus alegaciones y conclusiones en torno a las pretensiones que serían materia del laudo definitivo.
- Mediante Resolución n.º 42, de fecha 25 octubre de 2012, se emitió el Laudo Parcial.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 6 de noviembre de 2012, el Proyecto solicitó se le otorgue una ampliación de plazo de ocho (8) días para que presente sus alegatos.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 43, de fecha 7 de noviembre de 2012, se amplió el plazo en ocho (8) días hábiles adicionales al vencimiento del plazo inicialmente señalado, para que las partes cumplan con presentar sus alegaciones y conclusiones.
- Mediante Resolución n.º 44, de fecha 16 de noviembre de 2012, se fijaron los honorarios arbitrales definitivos, otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, para que cada una asuma el 50% de los mismos.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de noviembre de 2012, el Proyecto solicitó la interpretación del laudo parcial.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de noviembre de 2012, el Proyecto presentó sus alegatos escritos.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de noviembre de 2012, Odebrecht presentó sus alegatos escritos.
- Mediante Resolución n.º 45, de fecha 23 de noviembre de 2012, se otorgó a Odebrecht un plazo de quince (15) hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno al recurso de interpretación interpuesto por el demandado.
- Mediante Resolución n.º 46, de fecha 30 de noviembre de 2012, se tuvo por cancelada la parte de los honorarios arbitrales correspondiente a Odebrecht.
- Mediante Resolución n.º 47, de fecha 30 de noviembre de 2012, se tuvo por presentados —extemporáneamente— los alegatos de Odebrecht.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Asimismo, se tuvo por presentados los alegatos del Proyecto. En consecuencia, se fijo el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles. Dicho plazo venció el 22 de enero de 2013.¹

- Por escrito s/n, presentado con fecha 26 de diciembre de 2012, Odebrecht manifiesta lo conveniente a su derecho con relación a la solicitud de interpretación presentada por el Proyecto.
- Mediante Resolución n.º 48, de fecha 2 de enero de 2013, se trae para resolver en un plazo de quince (15) días hábiles, la solicitud de interpretación presentada por el Proyecto.
- Por carta s/n, presentada con fecha 7 de enero de 2013, el doctor Mario Castillo Freyre informó que es Árbitro Único en un proceso arbitral donde el doctor Berlanga Zúñiga es abogado de una de las partes.
- Mediante Resolución n.º 49, de fecha 14 de enero de 2013, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del día siguiente del vencimiento del plazo inicialmente señalado. Dicho plazo vencerá el martes 5 de marzo de 2013.
- Mediante Resolución n.º 50, de fecha 14 de enero de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta presentada por el doctor Castillo, con fecha 7 de enero de 2013.

¹ Teniendo en cuenta que los días 24, 25, y 31 de diciembre de 2012 y 1 de enero de 2013 fueron inhábiles para el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 13 de junio de 2011.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 51, de fecha 23 de enero de 2013, se declaró infundado el recurso de interpretación presentado por el Proyecto.
- Mediante Resolución n.º 52, de fecha 23 de enero de 2013, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar los Certificados de Renta y Retención de Cuarta Categoría correspondientes al ejercicio 2012, de los árbitros y de la secretaría arbitral.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que Odebrecht presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que el Proyecto fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vi) que el Proyecto presentó sus alegatos escritos y Odebrecht lo hizo extemporáneamente; y, (vii) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el presente Laudo Definitivo dentro del plazo acordado con las partes.

CONSIDERANDO

1. Que Odebrecht interpuso demanda en contra del Proyecto, a efectos de que se declaren fundadas sus diversas pretensiones.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, de conformidad con lo establecido por la Resolución n.º 27, de fecha 8 de mayo de 2012, complementada con la Resolución n.º 30, de fecha 30 de mayo de 2012, corresponde que el Tribunal Arbitral resuelva las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20 de septiembre de 2010, que observa la liquidación final de obra presentada por Odebrecht.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare aprobada la liquidación final de obra presentada por Odebrecht el 23 de agosto de 2010 y válida para todos los efectos legales, y que se disponga el pago por parte del Proyecto, del saldo resultante a favor del Contratista, ascendente a S/. 42'867,993.55 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses hasta la fecha del pago efectivo.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se establezca el monto final de liquidación de obra que, según cálculos de Odebrecht, asciende a S/. 42'867,993.55 incluido I.G.V., y que se disponga su pago por parte del Proyecto, más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010, que denegó el reconocimiento de los conceptos solicitados por Odebrecht mediante Carta n.º 07-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 8 de junio de 2010,

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

complementada con Carta n.º 08-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 11 de junio de 2010.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y ordene al Proyecto pagar los mayores costos directos derivados de la mayor permanencia de los equipos movilizados por Odebrecht en la zona de obra, por causas no imputables al Contratista, por el monto de S/.17'633,155.29 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca la existencia de daños en perjuicio de Odebrecht por la mayor permanencia de equipos movilizados en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht y, en consecuencia, se ordene al Proyecto a pagar S/. 17'633,115.29 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la existencia de enriquecimiento sin causa a favor del Proyecto, derivado del hecho objetivo de la mayor permanencia de equipos movilizados en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht y, en consecuencia, se ordene al Proyecto a pagar S/.17'633,115.29 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que se reconozca y ordene al Proyecto pagar los mayores costos directos derivados de la mayor necesidad de los equipos del Contratista y su permanencia en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht, por el monto de S/.12'926,924.90 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca la existencia de daños en perjuicio de Odebrecht derivados de la mayor necesidad de los equipos y su permanencia en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht y, en consecuencia, se ordene al Proyecto pagar la suma de S/. 12'926,924.90 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la existencia de enriquecimiento sin causa a favor del Proyecto, derivado del hecho objetivo de la mayor necesidad de los equipos y su permanencia en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht y, en consecuencia, se ordene al Proyecto pagar la suma de S/.12'926,924.90 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare aprobada la suma de S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V., derivada de la diferencia no observada por el Proyecto del saldo de la liquidación final de obra presentada por Odebrecht, y válida para todos los

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

efectos legales, y que se disponga su pago por parte del Proyecto, más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca la existencia de daños en perjuicio de Odebrecht derivados de la diferencia no observada por el Proyecto del saldo de la liquidación final de obra presentada por Odebrecht, y válida para todos los efectos legales y, en consecuencia, se ordene al Proyecto pagar la suma de S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la existencia de enriquecimiento sin causa a favor del Proyecto, derivado de la diferencia no observada por el Proyecto del saldo de la liquidación final de obra presentada por Odebrecht, y válida para todos los efectos legales y, en consecuencia, se ordene al Proyecto pagar la suma de S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se condene al Proyecto el pago íntegro de los costos y costas del presente proceso arbitral, incluyendo en este concepto los honorarios del Tribunal Arbitral, honorarios profesionales por el patrocinio legal y demás gastos que demande la expedición del laudo arbitral y su ejecución.



*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

2. Que el emplazado, el Proyecto, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse sobre las pretensiones detalladas en el Considerando 1 del presente Laudo.

Que, sobre el particular, cabe recordar que este Colegiado se reservó el derecho de analizar y, en su caso, resolver los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en dicha Acta.

Que, en tal sentido, el Colegiado estima conveniente iniciar el análisis de los puntos controvertidos con la sexta pretensión principal. Ello, en razón de que la sexta y séptima pretensiones principales (y sus subordinadas) versan sobre conceptos que fueron materia de pronunciamiento de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, cuya nulidad e ineeficacia han sido demandadas por Odebrecht como quinta pretensión principal. Asimismo, las referidas pretensiones y la décima pretensión principal (y sus subordinadas) versan sobre conceptos de la liquidación final de la obra presentada por Odebrecht, la cual será objeto de análisis en la primera y segunda pretensiones principales (y su subordinada).

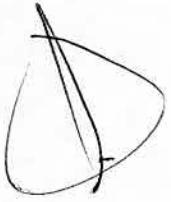
Que, en consecuencia, el Tribunal Arbitral deberá:
DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO QUE
PAGUE LOS MAYORES COSTOS DIRECTOS DERIVADOS DE LA MAYOR PERMANENCIA
DE LOS EQUIPOS MOVILIZADOS POR ODEBRECHT EN LA ZONA DE OBRA, POR

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

CAUSAS NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA, ASCENDENTE A S/. 17'633,115.29²
INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA
FECHA DEL PAGO EFECTIVO

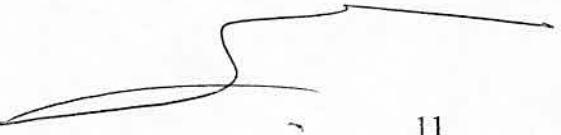
Posición de Odebrecht

- 3.1. Que corresponde determinar y sustentar los gastos por la mayor permanencia de los recursos de Odebrecht en la zona de obra, por causas que jurídicamente no resultan imputables a éste. Ello obedece a que, durante la ejecución contractual, se tuvo que modificar el proyecto inicialmente concebido, lo que implicó que la Entidad aprobara adicionales de obra. Asimismo, durante la ejecución del Contrato, se aprobaron ampliaciones de plazo por paralizaciones, lluvias y adicionales, que modificaron la fecha de culminación del plazo contractual.


Que como consecuencia de la aprobación de adicionales y ampliaciones de plazo, el Proyecto aprobó nuevos calendarios de obra; sin embargo, la ejecución de las soluciones tuvo como consecuencia la afectación del planeamiento original, con los consecuentes sobrecostos por la mayor permanencia improductiva en obra de los recursos correspondientes a mano de obra y a equipos.

- 3.2. Que el Tribunal deberá advertir que el derecho que sustenta la pretensión emana de las propias Bases integradas, en donde se establece que «el equipo mínimo ofertado es el que debe movilizar el Contratista a obra, por

² Cabe precisar que por error de digitación —no advertido ni por los árbitros ni por las partes— en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, se consignó la suma de S/.17'633,155.29, cuando de conformidad con lo pretendido en el escrito de demanda la suma correcta es S/.17'633,115.29.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

lo que la sustitución de este no genera mayor costo ni plazo para la Entidad si obedece a causas imputables al Contratista. La mayor permanencia del equipo en la zona de obra no está sujeto a pago, salvo que ello responda a situaciones no imputables al contratista».

- 3.3. Que los frentes de trabajo se definieron considerando la libre disponibilidad de los terrenos, canteras y la optimización de las actividades de logística y las condiciones climatológicas de la zona. De acuerdo con esta programación, la pavimentación debía ejecutarse hasta diciembre de 2009 (previo a la temporada de lluvias) y los trabajos de Señalización Vial en los meses de mayores precipitaciones pluviales.

Que, sin embargo, durante el desarrollo de la obra se presentaron circunstancias que modificaron las condiciones de ejecución inicialmente pactadas en el Contrato, como la paralización de los trabajos por el Paro Nativo de Bagua, las lluvias y sus consecuencias, interferencias en la disponibilidad de los terrenos y canteras, adecuación a las condiciones reales de la obra de las soluciones de ingeniería previstas en el Expediente Técnico, generándose mayores metrados y trabajos nuevos.

- 3.4. Que los adicionales de obra constituyen una de las situaciones que dieron lugar a la mayor permanencia de los equipos de Odebrecht en la Obra, sin que la responsabilidad de ello pueda ser imputada al contratista, dado que ellos tienen su origen en la adecuación del Expediente Técnico a las condiciones reales de la obra, tal como se aprecia en la Memoria Descriptiva Valorizada alcanzada con la Liquidación Final.



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

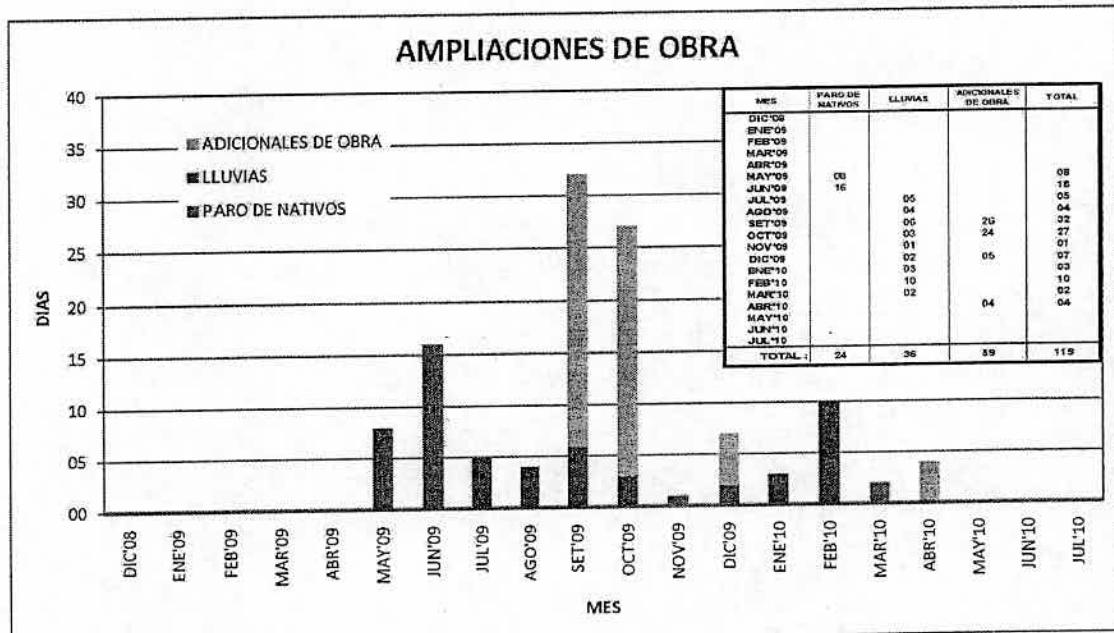
Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en efecto, la Memoria Descriptiva Valorizada consigna un resumen de los 6 adicionales de obra y las causas que los originaron, mostrando su impacto en el programa de ejecución de obra propuesto.

- 3.5. Que, asimismo, los adicionales de obra generaron sus respectivas ampliaciones de plazo y reprogramaciones que cambiaron claramente el tiempo de permanencia en obra de los equipos de Odebrecht. De esta manera, debido a los adicionales de obra se aprobaron 59 días de ampliación de plazo por causas no atribuibles al Contratista.

- 3.6. Que en el siguiente cuadro,



se puede observar que:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- a) Las ampliaciones de plazo concedidas se han dado casi a todo lo largo del periodo de obras, es decir, las causales han existido durante todo el periodo de construcción.
 - b) La mayor permanencia de recursos en la obra en los meses de mayo y junio se debe principalmente al Paro Nativo de Bagua.
 - c) Solamente a partir del mes de septiembre del 2009, con la aprobación del Adicional n.º 1 y su respectiva ampliación de plazo, es que se otorga más días al Contratista a causa de las adecuaciones al proyecto de ingeniería.
- 3.7. Que, entre los meses de abril, mayo y junio del 2009, en la Región Amazonas y San Martín se produjeron problemas sociales de público conocimiento, que derivaron en el bloqueo de carreteras, hostigamientos en las ciudades y enfrentamientos entre ciudadanos nativos de estas regiones y las fuerzas del orden, lo que originó paralizaciones en las actividades de la obra, trayendo como consecuencia ampliaciones de plazo por causas no atribuibles a Odebrecht.

Que todo esto fue debidamente sustentado y aprobado en los expedientes respectivos de las ampliaciones, derivando en la aprobación de 24 días de ampliación de plazo.

- 3.8. Que, como consecuencia de los efectos causados por las fuertes lluvias en la zona de obras, debidamente registradas por pluviómetros oficiales del SENAMHI y calificadas por la Supervisión de Obra, se aprobaron 36 días de ampliación de plazo, por causas no imputables al contratista y

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

calificadas como caso fortuito. Todo esto fue debidamente sustentado y aprobado en los expedientes respectivos de las ampliaciones concedidas.

3.9. Que, por otro lado, se debe tener presente que bajo el sistema de «Precios Unitarios», la Entidad en la etapa de Licitación elabora un «Presupuesto Base», que consiste en una relación detallada de:

- Las partidas o actividades específicas que era necesario realizar para la construcción de la obra;
- La cantidad o metrado estimado que de cada una de estas partidas era necesario ejecutar en la obra; y
- Un precio total global referencial calculado por la Entidad.

Que, en la etapa de Licitación, los postores utilizan este «Presupuesto Base» para elaborar sus ofertas, proponiendo sus propios «Precios Unitarios», que son los precios que cada postor oferta para cada una de las actividades específicas o partidas que la entidad ha considerado necesarias. Así, el monto total parcial por cada «partida» se obtiene multiplicando el «precio unitario» propuesto para la partida específica, por la cantidad o «metrado» señalado referencialmente por la Entidad para esa partida. Luego, se suman todos los totales parciales por cada «partida» conforme al presupuesto y se obtiene un monto total que constituye el «costo directo» total de la obra.

Que, en otras palabras, los costos directos son todos aquellos costos (de mano de obra, materiales y equipos) que se pueden asignar y relacionar

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

con una actividad específica (por ejemplo: excavación, concreto, encofrado, muro de ladrillo, etc.) y que forman de alguna manera parte de la obra física que se entrega al propietario.

- 3.10. Que, adicionalmente al «costo directo» así obtenido, la oferta debe contener los «costos indirectos» o «gastos generales», que son todos los demás gastos en que se incurre para ejecutar una obra, pero que no se pueden asignar a una actividad específica y, por lo tanto, se asigna a la obra en su conjunto (sueldos de los profesionales, viáticos, alimentación, alojamiento, transporte, gastos de oficina, gastos de seguros, gastos de viaje, etc.).

Que, además de los «costos directos» y de los «gastos generales», el costo total de la obra contiene la «utilidad» del Contratista.

Que, en tal sentido, el costo de la obra que conforma la contraprestación a la cual el Contratista tiene derecho, consta de tres elementos: costo directo, gastos generales y utilidad.

Que, en otras palabras, los así llamados gastos generales sí forman parte de la prestación y el esfuerzo que debe ser realizado por el Contratista de acuerdo al Contrato, y su no pago implica que el propietario de la obra recibe una obra cuyo valor real es mayor al pagado.

- 3.11. Que los gastos generales dependen básicamente de dos variables: (i) el plazo de ejecución; y (ii) la magnitud de la obra. La magnitud de la obra, por su parte, determina el tamaño de la organización e infraestructura que se pondrá al servicio de la obra, mientras que el tiempo de la ejecución

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

determinará el período que se debe cubrir con esa organización e infraestructura. Por lo tanto, el parámetro más importante de los gastos generales es el tiempo.

3.12. Que si bien existen gastos generales no relacionados con el tiempo de ejecución (por ejemplo, los gastos de licitación y contratación en los que sólo se incurre una vez), la gran mayoría de los gastos generales sí son afectados por esta variable. Por ejemplo:

a) Gastos de administración de obra

- Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal técnico administrativo.
- Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales para el control y ensayo de materiales.
- Gastos por traslado del personal.
- Seguro de accidentes del personal técnico administrativo.
- Seguro de accidentes individuales cubriendo viajes para ingenieros y técnicos.

b) Gastos de administración en oficina

- Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal directivo.
- Sueldos, bonificaciones y beneficios sociales del personal administrativo.
- Alquiler de locales.
- Comunicaciones.
- Alumbrado, agua, teléfono y gabelas.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

c) Gastos financieros relativos a la obra

- Gastos de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
- Gastos de renovación de garantías para los adelantos.
- Intereses de letras.
- Gastos en otros compromisos financieros.

Que, en ese sentido, el costo de la organización e infraestructura que se pone al servicio de una obra (léase, los gastos generales) se determina al momento de hacer el presupuesto en base al tiempo de ejecución previsto. Este costo es un monto en dinero (una cantidad determinada), la misma que se divide entre el costo directo de la obra, para obtener el porcentaje de gastos generales.

Que, por lo anterior, se concluye en que la contraprestación a ser pagada al Contratista debe reajustarse si el esfuerzo empleado en la ejecución de la obra aumenta, tanto en costos directos como indirectos. Sólo de esta forma se mantiene el equilibrio económico financiero del contrato.

- 3.13. Que el análisis de los precios unitarios muestra la participación de los recursos (el mínimo obligatorio según el Contrato) que Odebrecht dispondrá para la ejecución de dicho servicio. Para el caso de equipo mecánico y mano de obra, esta participación está expresada en horas y no es más que el costo que se tendrá por cada recurso al ejecutar una unidad del servicio respectivo.

Que, en ese orden de ideas, cuando la permanencia en la obra de un determinado recurso es mayor al tiempo necesario para ejecutar la cantidad

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

del servicio contratado, empieza a generar costos que no son reconocidos a través del pago de servicios de la obra y generan perjuicios al Contratista.

Que para el equipo mecánico, el costo por mayor permanencia será calculado a través del precio del equipo consignado en la propuesta económica, utilizando solamente la parte del costo de posesión de éste.

Que en la medida de que, en la oferta económica de Odebrecht, el costo del equipo es cerrado (es decir, no discrimina el costo de posesión y el costo por la operación), se empleará como base de cálculo la Tabla 01 (Determinación de la Tarifa de posesión de Equipos) de la revista *Construcción e Industria* de la Cámara Peruana de la Construcción, edición junio 2008 (que coincide con el mes de los precios establecidos en la oferta económica). El costo del operador del equipo, que está presente durante la permanencia de éste, también formará parte del cálculo.

- 3.14. Que estos costos deben ser pagados a Odebrecht, tal como lo indican las Bases Integradas del Contrato,³ en tanto la mayor permanencia se debió a causas no imputables a Odebrecht.
- 3.15. Que los documentos relevantes para el cálculo de los mayores gastos por permanencia son:
 - Análisis de Precios Unitarios de la Propuesta Económica del Contratista
 - Calendario de Avance de Obra n.º 1 (Resolución Gerencial n.º 021-2009-GRSM-PEHCBM/GG).

³ Las cuales forman parte del Contrato, de conformidad con lo establecido por la Cláusula Sexta y por el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Ampliación de Plazo n.º 24 (Resolución Gerencial n.º 169-2010-GRSM-PEHCBM/GG).
 - Calendario de Avance de Obra por Ampliación de Plazo n.º 24 (Resolución Gerencial n.º 196-2010-GRSM-PEHCBM/GG).
- 3.16. Que, como consecuencia de las causas no imputables al contratista que dieron lugar a aparición de las causales de ampliación de plazo autorizadas por la Entidad, la utilización del equipo mecánico fue disminuyendo progresivamente mes a mes, lo que resultó en una menor utilización a la que estaba prevista en las condiciones iniciales del contrato, originándose una mayor permanencia de los equipos para ejecutar una cantidad de servicio mensual menor o igual a la que se tenía inicialmente previsto.

Que la movilización de equipos al lugar de la obra sigue las condiciones previstas en los siguientes documentos contractuales: (i) calendario de avance de obra inicial y (ii) análisis de precios unitarios. Sin embargo, su desmovilización se fue postergando progresivamente, obligando a mantener las cuadrillas en la obra por un mayor tiempo, para cumplir con las nuevas fechas de término del contrato, conforme se van originando las causales de ampliación de plazo.

Que en el siguiente cuadro se aprecia cómo se van mudando las fechas de término para las actividades de la ruta crítica del Contrato:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
 Mario Castillo Freyre (Presidente)
 Alfredo Zapata Velasco
 Ricardo Espinoza Rimachi

AMPLIACIONES DE PLAZO CONCEDIDAS EN LAS PARTIDAS DE LA RUTA CRITICA DEL CONTRATO

Servicio	Fecha Final Inicial	Fecha Final según Ampliación de Plazo del Adic. Nro.1	Fecha Final según Ampliación de Plazo del Adic. Nro. 4	Fecha Final según Calendario de Avance de Obras Vigente	TOTAL DIAS DE AMPLIACIÓN
Pavimento de Concreto Asfáltico en Caliente	10-dic-09	27-mar-10	09-abr-10	24-may-10	165
Base Granular	26-nov-09	07-ene-10	26-mar-10	10-may-10	165
Sub Base Granular	19-nov-09	31-dic-09	19-mar-10	03-may-10	165
Excavación en Explanaciones en Material Común	06-oct-09	28-nov-09	23-dic-09	28-mar-10	173
Excavación en Explanaciones en Roca	06-oct-09	29-oct-09	20-ene-10	22-mar-10	167
Terraplenes	13-oct-09	29-dic-09	16-feb-10	28-abr-10	197

Que, es de anotar que, las nuevas fechas concedidas como nuevos términos de los servicios se cumplen si y sólo si el contratista mantiene los rendimientos y recursos ofertados, ya que esta premisa forma parte del cálculo de las ampliaciones de plazo respectivas.

- 3.17. Que el mayor costo de posesión a causa de la mayor permanencia de los recursos en obra, con la utilidad y la fórmula de reajuste del Contrato más el I.G.V., arroja el total de S/. 17'633,115.29, conforme al detalle siguiente:

MONTO POR MAYOR PERMANENCIA DE RECURSOS:	S/. 13,256,641.80
Gastos Generales Variables :	S/. -
Gastos Generales Fijos :	S/. -
Utilidad :	12%
Sub Total :	S/. 1,590,797.02
Kreajuste equipos Jun'10 [K-1] :	-0.002
Sub Total :	S/. 14,847,438.82
Kreajuste equipos Jun'10 [K-1] :	-0.002
Sub Total :	S/. -29,694.88
MONTO POR MAYOR PERMANENCIA DE RECURSOS REAJUSTADO :	S/. 14,817,743.94
I.G.V. 19.00% :	S/. 2,815,371.35
MONTO TOTAL FACTURABLE :	S/. 17,633,115.29

Que se precisa que este cálculo no toma en cuenta la permanencia de los mayores recursos (por encima del equipo mínimo) movilizados por

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

requerimiento imprescindible a la obra y su mayor permanencia en la zona de los trabajos, mayor a la prevista que es objeto de la Séptima Pretensión Principal y sus subordinadas.

Posición del Proyecto

- 3.18. Que lo relativo al reconocimiento y pago de mayores costos directos derivados de la mayor permanencia de los equipos movilizados en la obra, fue resuelto por el Proyecto a través de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG.


Que dicha Resolución Gerencial fue notificada a Odebrecht con fecha 15 de julio de 2010, por lo que el plazo de quince (15) días establecido por el artículo 257 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha caducado.

Que, en tal sentido, la referida Resolución Gerencial ha quedado consentida y, por ende, no puede ser cuestionada.

- 3.19. Que, en un contrato a precios unitarios, tanto los metrados como el plazo de ejecución son inciertos. Es necesario entender dicha premisa, a efectos de entender el desarrollo y los riesgos que asume el Contratista.

Que el pretender que se reconozca un costo por el tiempo en que los equipos no realizan actividad, desnaturaliza la esencia del contrato a precios unitarios.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

Que en un contrato a precios unitarios se reconoce lo realmente ejecutado, independientemente de las cantidades de material utilizado o los tiempos empleados en mano de obra o equipos. No estamos frente a un contrato de suministro de equipos, en donde podría invocarse tal reconocimiento.

- 3.20. Que, en la propuesta técnica, el Contratista se comprometió a mantener y emplear en la obra el equipo ofertado en el Anexo 11 (relativo al equipo mínimo), es decir, la permanencia de los equipos ya estaba incluida en los precios unitarios.

Que Odebrecht pretende un pago diario de ocho horas para todos y cada uno de los equipos, independientemente de si trabajaron o no (incluso, en el supuesto de que hubiesen estado inoperativos), desde el inicio de la obra hasta el último día de la programación.

- 3.21. Que la mayor permanencia en obra iría entre el 24 de marzo de 2010 (fecha en la que contractualmente debía culminar la obra) y el 18 de mayo de 2010 (fecha en la que la obra concluyó), es decir, 55 días. Sin embargo, esos días formaban parte de los 59 días de ampliación otorgados por la ejecución de los adicionales, es decir, formaban parte del periodo en el cual los equipos han recibido compensación, a través de los precios unitarios, por los volúmenes de obra que realizaban.
- 3.22. Que, incluso, el Contrato fue ejecutado con equipo alquilado, tal como se aprecia del Contrato de Alquiler de Equipos n.º CEQ-PR-004-09, de fecha 19 de enero de 2009, suscrito por Odebrecht con MyR Constructora S.A.C., y su adenda de fecha 20 de julio de 2009.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

Que en el referido Contrato de Alquiler se aprecia que el pago asumido por Odebrecht es por horas efectivamente trabajadas y no por la sola permanencia del equipo en la obra.

3.23. Que, en el escrito de alegatos, se señala que la mayor permanencia en obra, se presenta cuando el tiempo de ejecución de los contratos, se prolonga más allá del inicialmente pactado. Es decir, la mayor permanencia de obra se efectúa en razón del exceso de tiempo de ejecución del contrato respecto del periodo inicialmente convenido. No se alude —por ende— al plazo contractual, porque dentro del valor del negocio estipulado por las partes ha de entenderse que tales costos se encuentran incluidos.

3.24. Que, asimismo, cuando la mayor permanencia de equipos en la obra se produce por causas no imputables al Contratista, éste debe demostrar la existencia de perjuicios adicionales no cubiertos con el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales.

Que para acreditar esos perjuicios resulta indispensable que Odebrecht pruebe los sobrecostos reales en los que incurrió, toda vez que no es dable suponerlos mediante el cálculo ni opiniones de revistas especializadas. En el presente caso, Odebrecht no ha demostrado la existencia de perjuicio económico, a pesar de que es su obligación.

3.25. Que las modificaciones en el volumen de obra y plazo de ejecución, lejos de perjudicar a Odebrecht, le dieron resultados económicos beneficiosos, especialmente en el rubro de equipos.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en efecto, los costos directos de la obra han tenido un incremento de S/. 9'787,872.23. Asimismo, su participación contractual se incrementó en un 22.05% al pasar de S/. 40'569,512.09 a S/. 49'516,405.30, con lo cual se desvirtúa la afirmación de Odebrecht, al señalar que hubo una mayor permanencia de equipos para ejecutar una cantidad de servicio mensual menor o igual al que se tenía inicialmente previsto.

Que el incremento en este rubro es de 22.05%, cuando los adicionales de obra sólo se han incrementado en un 14.99% y el plazo real de ejecución se ha incrementado de 450 a 505 días, es decir, sólo 12.2%.

Que, en ese sentido, el rubro de equipos es el que más ha crecido porcentualmente, contradiciendo a Odebrecht cuando señala que la utilización del equipo fue disminuyendo progresivamente.

Que, incluso, en relación al tiempo de ejecución de la obra (505 días), se aprecia un mayor beneficio económico ascendente a S/. 1'533,814.47, y, por ende, una mayor rentabilidad que la prevista al momento de contratar.

- 3.26. Que los adicionales aprobados se refieren (i) a mayores metrados y no a «soluciones nuevas», como sostiene el Contratista, y (ii) a la incorporación de partidas nuevas.

Que no es cierto que las modificaciones sean de responsabilidad únicamente de la Entidad, pues todas han sido establecidas de mutuo acuerdo con el Contratista y varias han sido realizadas a solicitud de esta última y no por inconsistencias técnicas.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que las lluvias durante el periodo de ejecución de la obra fueron sustancialmente inferiores a las que se consignó en el Expediente Técnico.

- 3.27. Que el costo de posesión fijado en la oferta contratada por un periodo de 450 días calendario, asciende a S/.15'436,390.61. Sin embargo, Odebrecht pretende un costo de posesión de S/.29'111,636.60 por 55 días adicionales.
- 3.28. Que, con respecto al periodo de cuantificación, Odebrecht incluye en sus cálculos un periodo posterior al término de la obra y la desmovilización de los equipos. La obra concluye el 18 de mayo de 2010 y en ese mes se valoriza el saldo de la partida «desmovilización de equipos» hasta el 21 de julio de 2010.
- 3.29. Que, además, si se habla de «mayor permanencia», se debe precisar cuál era el periodo de permanencia pactado en el Contrato. El periodo de permanencia son los 450 días calendario establecidos para la ejecución, tiempo durante el cual se comprometió a mantener y emplear el equipo ofertado en la obra, lo cual coincide con el Calendario de Avance de Obra, donde la movilización de equipos está programada a ejecutarse al comenzar la obra y la desmovilización de los mismos al concluir los trabajos.

Que ello también explica la obligación contractual que tiene el contratista de no retirar sus equipos en el momento que desee, sino que debe tener la autorización escrita del Supervisor, de conformidad con lo establecido en las Especificaciones Técnicas.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.30. Que, en forma indebida, el Contratista adiciona los conceptos de utilidad e I.G.V., desconociendo lo estipulado en el Contrato (en donde se indica que la utilidad es el 12% del costo directo y que el I.G.V. no aplica para estos conceptos).
- 3.31. Que la pericia de parte presentada por Odebrecht adolece de vicios, habida cuenta de que no se detalla los documentos en base a los cuales se elaboró, ni tuvo en cuenta el Calendario de Avance de Obra, ni los precios unitarios, ni los adicionales ni ampliaciones de obra.

Que en la referida pericia tampoco se analizó si la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta, estuvieron permanentemente en la obra y operativos, ya que —como se ha acreditado— el Contratista empleó maquinaria alquilada.

- 3.32. Que en los presupuestos adicionales se incluyeron algunos de los ítems previstos en el Contrato (cuyos precios ya estaban determinados) y otros nuevos que fueron pactados. En dichos precios estaba incluido el costo de la maquinaria y equipo, por lo que no hay lugar a reclamar nuevamente este valor, ya que correspondía al tiempo de la última prórroga pactada.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.33. Que, en primer lugar, cabe recordar que mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad deducida por el Proyecto en contra —entre otras— de la sexta pretensión principal.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, no corresponde pronunciarse sobre la excepción de caducidad que ya fue desestimada por la extemporaneidad en que fue presentada.

- 3.34. Que el Tribunal Arbitral ha escuchado los argumentos de las partes con respecto a esta pretensión en la Cuarta Audiencia de Ilustración. Asimismo, ha analizado y revisado las pericias que cada una de las partes presentó como medios probatorios, las mismas que fueron sustentadas en la Audiencia respectiva.

Que las partes coinciden en que las condiciones originales de la ejecución del Contrato se modificaron por factores como el paro nativo de Bagua, las lluvias y los adicionales de obra (lo que implicó la ampliación del plazo de ejecución del Contrato).

Que, en ese sentido, en este punto el Tribunal Arbitral se centrará en analizar (i) si existió una «mayor permanencia» de los equipos movilizados a la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht; (ii) si el cálculo del monto pretendido es válido; y (iii) de ser el caso, cuál sería el monto a pagar por parte del Proyecto.

Que, incluso y, de ser el caso, la mayor complejidad de este tema girará en torno al cálculo del costo de esta «mayor permanencia», dado que de la documentación y escritos que obran en el expediente se desprenden diversos montos; a saber:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (i) Mediante Carta n.º 08-2010/SISA-PEHCBM, de fecha 11 de junio de 2010, Odebrecht señala que el costo por «mayor permanencia» de los equipos asciende a la suma bruta de S/.13'256,641.80.⁴
- (ii) En el Informe n.º 113-2010-PEHCBM/JAAG, de fecha 2 de julio de 2010, el Administrador de Contratos indica que no corresponde suma alguna, dado que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sólo contempla el reconocimiento de mayores gastos generales (los cuales ya han sido pagados al Contratista).
- (iii) En el Informe n.º 206-2010-GRSM-PEHCBM/D.O., de fecha 8 de julio de 2010, el Director de Obras indica que no corresponde suma alguna, dado que, en los casos de ampliaciones de plazo generadas por causas no atribuibles al contratista ni que provengan de adicionales, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sólo contempla el reconocimiento de mayores gastos generales (los cuales ya han sido pagados al Contratista).
- (iv) Mediante Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL, de fecha 27 de julio de 2010, la Supervisión indica que el costo por la «mayor permanencia» asciende a la suma bruta de S/.12'631,076.47.
- (v) En la Liquidación de Obra presentada por el Contratista con fecha 23 de agosto de 2010, se indica que el costo por «mayor permanencia» de los equipos asciende a la suma neta de

⁴ Monto al cual, según lo indicado en el escrito de demanda de Odebrecht, hay que agregarle la utilidad, aplicarle el reajuste con el factor K y agregarle el I.G.V., lo que da un total de S/.17'633,115.29 (suma que es la consignada en la Liquidación Final de la Obra, presentada por Odebrecht y pretendida en este proceso arbitral).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

S/.17'633,115.29,⁵ monto que luego fue ratificado en la pericia de parte presentada por Odebrecht.

3.35. Que, para efectos del presente análisis, se debe precisar que, de lo actuado en el presente proceso, ha quedado acreditado lo siguiente:

- (i) El Cronograma Inicial del Contrato tenía estimado un plazo de ejecución contractual de 450 días calendario que se inició el 30 de diciembre de 2008 y que vencería el 24 de marzo de 2010.
- (ii) Dicho plazo de ejecución se amplió en 119 días, modificándose la fecha de término de la obra al 21 de julio de 2010. Sin embargo, según el Asiento n.º 919 del Cuaderno Obra, los trabajos de ejecución de la obra culminaron el 18 de mayo de 2010.
- (iii) El Calendario de Avance de Obra sufrió modificaciones en razón a estas ampliaciones de plazo.
- (iv) La ejecución de la obra está dividida en partidas y que, de conformidad con lo establecido en el Calendario de Avance de Obra, cada una de estas partidas tiene su propio plazo de ejecución.

3.36. Que, por otro lado, cabe recordar que la Cláusula Sexta del Contrato establece que «el presente contrato está conformado por sus anexos, las bases integradas (que incluyen planos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, cláusulas de medición, fórmula polinómica,

⁵ Ese monto es el resultado de la suma bruta ascendente a S/.14'817,743.94 más el I.G.V., ascendente a S/.2'815,371.35.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

presupuesto y toda otra documentación del Expediente Técnico), la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, las Bases integradas forman parte del Contrato;⁶ y, en lo relativo a la «mayor permanencia» de equipos, el cuarto párrafo del ítem «Relación de equipo mínimo requerido» del Anexo n.^o 6 de dichas Bases establece lo siguiente:

«RELACIÓN DE EQUIPO MÍNIMO REQUERIDO

(...)

El equipo mínimo ofertado es el que debe movilizar el Contratista a la obra, por lo que la sustitución de este no genera mayor costo ni plazo para la Entidad si obedece a causas imputables al contratista. La mayor permanencia de equipo en la zona de obra no está sujeto a pago, salvo que ello responda a situaciones no imputables al contratista. (El subrayado es nuestro).

- 3.37. Que, ahora bien, en relación a lo señalado por el Director de Obras y por el Administrador de Contratos del Proyecto, en efecto, es cierto que la Entidad habría cumplido con el pago de los mayores gastos generales que se generaron por las ampliaciones de plazo concedidas al Contratista por causas no atribuibles a éste; sin embargo, el costo por «mayor permanencia» de equipos no se relaciona con los gastos generales (costos indirectos), sino con los costos directos, tema sobre el cual ni la Ley ni el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha

⁶ Ello también se encuentra establecido en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.^o 084-2004-PCM.

Asimismo, cabe recordar que el artículo 117 del referido Reglamento establece que «Una vez absueltas todas las consultas y/o (sic) observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas (...).».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

contemplado un procedimiento específico para su recuperación, a diferencia del citado cuarto párrafo del ítem «Relación de equipo mínimo requerido» del Anexo n.º 6 de las Bases Integradas.

Que, sobre el particular, en la pericia presentada por el Proyecto, se aprecia un análisis sobre las normas aplicables al presente caso, citándose los artículo 260 y 261 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a efectos de concluir en que «no está normado el reconocimiento al contratista de costos directos de obra, como los demandados por la «mayor permanencia» de equipos en la zona de obra».

 Que si bien dicha afirmación es cierta,⁷ cabe reiterar que no se puede desconocer los alcances del cuarto párrafo del ítem «Relación de equipo mínimo requerido» del Anexo n.º 6 de las Bases Integradas.

Que, en efecto, hay que resaltar que el derecho al pago de los costos por «mayor permanencia» fue pactado por las partes, ya que las Bases forman parte del Contrato. En otras palabras, si bien la ley no lo establece, las partes sí lo hicieron.

- 3.38. Que, dentro de tal orden de ideas, resulta evidente la obligación de Odebrecht de contar con un equipo mínimo para la ejecución de la obra por el plazo determinado contractualmente. Si se extiende el plazo originalmente pactado para la ejecución de la obra, se entiende que existirá una «mayor permanencia», cuyo costo tendrá que asumir la Entidad,

⁷ En tanto nuestro ordenamiento legal, en caso de ampliaciones de plazo, sólo reconoce los mayores gastos generales.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

siempre y cuando la causa de la extensión del plazo no le sea imputable al Contratista.

Que, en otras palabras, se considerará que existe una «mayor permanencia» de equipo cuando éste permanezca más tiempo de aquél que se pactó para la ejecución de los trabajos de la obra. Y, en el presente caso, este mayor tiempo iría desde el 25 de marzo al 21 de julio de 2010,⁸ si tenemos en cuenta lo señalado en el Considerando 3.35 del presente Laudo.

- 3.39. Que, sobre el particular, mediante Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 21 de junio de 2010, la Supervisión consideró que sí correspondía pagar a Odebrecht por este concepto, indicando que «al haberse aprobado durante la ejecución de las obras, ampliaciones de plazo que modificaron la programación inicial del Contratista, se determina que existió una «mayor permanencia» en obra de los equipos mínimos movilizados». Asimismo, la Supervisión señaló que «corresponde el reconocimiento del mayor tiempo (horas) de permanencia de los equipos que se vieron afectados por la menor ejecución de obra en los meses en que se produjeron las causales que originaron las ampliaciones de plazo».

Que, luego, mediante Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL, de fecha 27 de julio de 2010, la Supervisión «hace una explicación de la forma de cálculo seguido (sic) por el contratista y la forma como (sic) la Supervisión ha determinado la propia forma de cálculo, coherente con la realidad sucedida durante el desarrollo de la Obra».

⁸ Sin dejar de lado que la fecha de término real de la obra fue el 18 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, la Supervisión también coincide en que la «mayor permanencia» del equipo mínimo está relacionada a la ampliación de plazo de término de obra del 24 de marzo al 21 de julio de 2010; pero también hace referencia a que este concepto de «mayor permanencia» se relaciona con la menor ejecución de obra en los meses en que se produjeron las causales que originaron las ampliaciones de plazo.

- 3.40. Que, por su parte, en la pericia de parte presentada por Odebrecht se señala que hay una «mayor permanencia» de equipo «cuando se configura el hecho de que la presencia del equipo en la obra se extienda más allá del tiempo previsto y necesario para efectuar los trabajos (...).»

Que, asimismo, en la referida pericia se señala lo siguiente:

«Evidentemente como el costo directo unitario se calculó en función a que un equipo con una determinada tarifa de alquiler debía tener una determinada permanencia para ejecutar una cantidad de obra, todo ello en conjunto hace que el costo del equipo se pague mediante los precios unitarios del contrato conforme la obra se va ejecutando y por consiguiente cobrando vía valorizaciones.

Pero si la permanencia del equipo se extiende sin llevar el correlato de una mayor cantidad de obra (que posibilitaría su pago mediante el pago del precio unitario con los rendimientos que dieron como resultado la configuración del precio unitario), se establece una situación de que (sic) dicha mayor permanencia no será retribuida al contratista, ya que no habrá cantidades de obra a cobrar (...).

(...)

Si por cualquier razón el contratista no alcanza a lograr los rendimientos esperados, o la obra se prolonga en el tiempo sin un correspondiente aumento en los metrados, los precios unitarios no compensarán los costos en los que está incurriendo y generarán una pérdida.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Si el plazo de la obra se prolonga sin un correspondiente incremento en la cantidad de obra a ejecutarse, son principalmente los costos de posesión los que se ven afectados, ya que el equipo debe permanecer inactivo o sub utilizado una cantidad de horas durante las cuales generará costos (los de posesión), pero no genera cobranza, ya que no hay producción».

Que, como se puede apreciar, para Odebrecht el costo de «mayor permanencia» estaría relacionado no sólo con el tema de mayor plazo para la ejecución de la obra que el pactado originalmente, sino también con el menor trabajo realizado durante el plazo original de ejecución de la obra. Ello, en la medida de que el Contratista fija —en su propuesta técnica y económica— un precio unitario por equipo, teniendo en cuenta el rendimiento que espera del mismo durante el plazo de ejecución previsto en el Contrato para la obra (precio que será pagado en las valorizaciones mensuales).

Que, en ese sentido, a entender de Odebrecht para la determinación de las horas que se consideran de «mayor permanencia», se debe tener presente el tiempo realmente empleado y el que estaba previsto emplear por dicha máquina, si las condiciones no hubieran variado por causas no imputables al Contratista.

- 3.41. Que, dentro de tal orden de ideas, si bien el Contrato no da un concepto sobre qué se debe entender por «mayor permanencia», a entender del Tribunal Arbitral ha quedado acreditado que sí existió una «mayor permanencia» del equipo mínimo ofertado en la obra, debido a las ampliaciones de plazo concedidas al Contratista.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin embargo, no existe consenso en que también se deba entender por «mayor permanencia» al menor trabajo de los equipos en el tiempo⁹ en que se presentaron las causales de atraso y/o paralización, que luego dieron origen a dichas ampliaciones.

- 3.42. Que, en efecto, cabe precisar que el Proyecto no ha negado que la expresión «mayor permanencia» de los equipos tenga la primera acepción antes indicada. Únicamente, ha cuestionado que también implique la segunda.

Que, en efecto, en la Audiencia de Sustentación de Informes Periciales, el perito del Proyecto señaló lo siguiente:

«(...) la mayor permanencia solamente se puede haber dado del 24 de marzo hacia delante; sin embargo, cuando el Contratista hace su cálculo (...) él toma desde que comenzó la obra (desde que comenzó a fines de diciembre, comienzos de enero), porque él ha tomado todo el calendario original desde que comenzó la obra (...) condiciones originales, así le llama, y después ha hecho las condiciones finales (...). Entonces, él se pasó hasta el 22 de julio (...).

(...) Pero lo que no se ha manifestado, ni está en la pericia tampoco ni lo ha dicho el ingeniero perito (...) es que solamente debo reconocer hasta el tiempo que fueron necesarios los trabajos y los trabajos terminaron el 18 de mayo del 2010. Existe pues el término de obra (...) que está registrado en el Cuaderno de Obra por el propio Contratista.

(...) Sin olvidar lo que antes dije de que la mayor permanencia es del 24 de marzo de hacia delante, dentro de los 450 días no existe mayor permanencia, porque él ya sabía que ese era el tiempo de obra. Y eso lo sabe todos los contratistas (...». (El subrayado y la negrita es nuestra).

⁹ En el plazo originalmente pactado en el Contrato.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en este contexto, a efectos de poder interpretar el concepto de «mayor permanencia», a entender del Tribunal Arbitral se debe dejar constancia de lo siguiente:

- a) En primer lugar, se debe recurrir a las normas que gobiernan el Contrato, según su orden de prelación, así tenemos: la Ley de Contrataciones del Estado (por un tema de especialidad), luego se tiene la Ley de Procedimientos Administrativos y, finalmente, el Código Civil.
- b) De la revisión de las dos primeras normas acotadas, se aprecia que ninguna de ellas hace referencia alguna al concepto de «mayor permanencia», ni mucho menos sobre su interpretación, siendo ello así, se aprecia que en el Código Civil sí se norma el concepto de interpretación.
- c) Asimismo, se debe indicar que de conformidad a la Ley de Contrataciones del Estado, las Bases son partes integrantes del contrato.
- d) Concepto de Interpretación.- Es averiguar el sentido o significado de una cosa, siendo el contrato un negocio jurídico, su interpretación tendrá por objeto una manifestación de voluntad. La interpretación del contrato busca reconstruir la voluntad de los sujetos que le dieron vida (partes contratantes, voluntad contractual). El objeto de la interpretación es la voluntad contractual, interpretar su significación jurídica, y esto es de suma importancia, ya que el contrato forma una regla a la cual deben

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

someterse las partes como la ley misma; y sólo luego de comprobado lo que las partes quieren (o declaran querer) se sabrán los efectos jurídicos.

- e) Artículo 1401 del Código Civil.- Interpretación de estipulaciones en las cláusulas.- 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.

Que, es decir, de manera general la doctrina peruana conviene en que la regla establecida en dicho artículo encuentra sus orígenes en el principio *in dubio contra stipulatorem*, el cual consagra que, cuando en las estipulaciones surge una duda acerca de lo que se haya hecho, los términos contractuales deben interpretarse en contra del estipulante o creador del acto. El fundamento de este principio sería el deber del *clare loqui*, es decir, el deber de expresarse claramente, que recae sobre el estipulante o predisponente, así como el principio de la buena fe contractual, entendido como de franca y leal conducta de las partes.

Que, al respecto, Manuel De la Puente y Lavalle¹⁰ indica que el fundamento de la regla *in dubio contra stipulatorem* se encontraría en la distribución equitativa del riesgo contractual. Así mismo, De la Puente y Lavalle indica que es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente para que se asegure un traslado adecuado de información —que permita obtener el máximo

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Lima: Palestra Editores, 2001, tomo I, segunda edición, pp. 821 - 822.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

beneficio posible para las partes en la contratación—, así como lo es que se sancione el incumplimiento de este deber, estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte. Finalmente, agrega que no debe llamarse interpretación en estricto al procedimiento cuyo propósito es responsabilizar al predisponente por la oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones que ha redactado.

- f) Finalmente, en relación al Derecho Administrativo peruano, existe unanimidad en establecer que en los contratos donde el Estado peruano es parte, se le considera como la parte fuerte de la relación contractual.


En consecuencia, en el marco de lo mencionado, este Tribunal Arbitral debe proseguir con desarrollar el concepto de «mayor permanencia».

Que el Tribunal Arbitral entiende que el concepto de «mayor permanencia» también debe ser entendido como el menor trabajo o el no uso de los equipos (a pesar de estar disponibles y operativos) durante el plazo original de ejecución del Contrato, precisamente porque se presentaron las causales de atraso y/o paralización, que luego dieron origen a las ampliaciones, en tanto los costos de posesión no se pudieron recuperar en su integridad a través del pago a precios unitarios mes a mes.

Que, por ejemplo, si, según el Calendario de Avance de Obra original, un equipo tenía que estar en obra 40 días calendario para la ejecución de determinada partida, y el referido equipo tuvo que quedarse en obra 60

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

días por causas no imputables al Contratista y que luego dieron origen a una ampliación de plazo, se debe reconocer el costo de «mayor permanencia» por los 20 días adicionales. Ello, habida cuenta de que ninguna valorización incluiría el costo por esos 20 días.

Que el derecho al pago por la «mayor permanencia», se debe dar incluso en el supuesto de que estos 20 días adicionales estuvieran comprendidos en los 450 días inicialmente pactados para la ejecución de la obra.

Que, en otras palabras, si bien es cierto lo señalado por el perito del Proyecto, en el sentido de que el Contratista conocía que el plazo de ejecución era de 450 días, ello no significa que hubiese existido obligación por parte del Contratista de tener todos los equipos durante todos los días del plazo inicialmente pactado para la ejecución de la obra.

Que las dos partes y sus peritos han coincidido —lo reiteramos—, en que cada partida tenía un plazo de ejecución propio, lo que implica que los equipos necesarios para cada partida deben estar en obra durante el plazo que sea necesario para la ejecución de dicha partida y no durante los 450 días calendario.

- 3.43. Que este Colegiado si bien coincide con el Proyecto,¹¹ en el sentido de que Odebrecht preparó su propuesta de equipos teniendo claro el tiempo de permanencia de los mismos por 450 días calendario, también hay que tener presente que no es el único factor, sino que también se evalúa la cantidad de metrados por partida que ejecutará con sus equipos, a efectos del pago mensual que deberá efectuar el Proyecto.

¹¹ Según lo señalado por el perito del Proyecto en la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, no es correcto —como afirmó el Proyecto en la Audiencia de Sustentación de Informes Periciales— que el cálculo por la mayor permanencia se debe efectuar únicamente del 24 de marzo de 2010 hacia adelante. A entender del Tribunal Arbitral, dicho cálculo puede incluir —y, en los hechos, así ha sucedido— el análisis del periodo de ejecución de la obra, en la medida de que durante dicho lapso los equipos no tuvieron realmente el rendimiento que se proyectó a efectos de ser cobrados vía las valorizaciones mensuales.

Que no se puede desconocer que existieron causales que originaron atrasos en la ejecución que, precisamente, implicaron las diversas ampliaciones. Dichos atrasos ocasionaron que, por ejemplo, en un mes el avance de los metrados disminuyera y, como consecuencia de ello, que las valorizaciones mensuales fueran montos menores a los proyectados al momento de ofertar. Y fueron menores porque no se pudo emplear el equipo o porque se empleó menos de lo proyectado (por ejemplo, debido a la causal de lluvias). Durante este mes, el equipo si bien estuvo en obra, su permanencia no fue retribuida en la valorización mensual, y por ello dicha permanencia sí calza en el concepto de mayor permanencia que es objeto de reclamo por el Contratista en el presente arbitraje.

- 3.44. Que, luego, el Proyecto se centra en cuestionar la metodología empleada por Odebrecht (tanto en la Liquidación como en la pericia) al momento de efectuar el cálculo de dicho costo.

Que, de este modo, en la pericia presentada por el Proyecto se cuestiona la pericia presentada por Odebrecht de la siguiente manera:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

«(...)se observa que no han tomado en cuenta los Calendarios de Avance de Obra Valorizados (CAO) modificados por cada una de las ampliaciones de plazo, en los cuales están consignados los avances programados, y desde luego esto determina una cantidad de equipo programado y su respectiva cantidad de horas programadas. El procedimiento de cálculo del Contratista y del Peritaje de Parte, tampoco ha tomado en cuenta los metrados realmente valorizados en los periodos afectados por las ampliaciones de plazo, a fin de que, por comparación con el CAO de obra respectivo, se determinase si los avances del periodo cumplieron o no con lo programado.

(...)
(...) si (...) de la comparación de avance (real vs. programado) se determina que el avance realmente ejecutado fue mayor al avance programado, es decir, se cumplió e incluso superó la meta parcial programada, implica sin duda alguna que el Contratista no sufrió atraso alguno, no fue afectado por el evento, luego no correspondería mayor costo de permanencia (...)».

Que, asimismo, en la pericia presentada por el Proyecto se concluye lo siguiente:

- «1) Se han considerado mayores costos de permanencia por los 119 días de ampliación de plazo acumulado, vencimiento de plazo al 21.07.2010, cuando la obra realmente terminó el 18.05.2010, solo 55 días calendario.
- 2) Se ha considerado los periodos de las ampliaciones de plazo por ejecución de Adicionales de obra como “mayor permanencia”, periodos que según el propio Perito de Parte no generan mayores costos de posesión de equipos.
- 3) Se han considerado todas las Partidas del Presupuesto, no solo las afectadas por las ampliaciones de plazo;

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

- 4) Se han considerado todos los equipos de cada Partida, más allá de los equipos y cantidad establecidos contractualmente en la Relación de Equipo Mínimo;
- 5) Se han considerado en todo (sic) el tiempo programado (CAOs programados) sin considerar el tiempo real de trabajo valorizado (Valorizaciones de obra).
- 6) Se han considerado (sic) el costo de Posesión al 100% de su valor, incluida la Depreciación.
- 7) Se ha considerado costos de operador sin sustento de planillas de mano de obra, de todas las partidas del Presupuesto».

3.45. Que, en la Audiencia de Sustentación de Informes Periciales, Odebrecht se pronunció sobre las observaciones efectuadas por su contraparte, quedando claro, para el Tribunal Arbitral, lo siguiente:

- Que cada equipo tiene un plazo. Los plazos previstos para cada equipo (según su respectiva partida) son los que Odebrecht consideró dentro sus cálculos. Cada partida tiene un plazo de ejecución y cuándo se excede dicho plazo de ejecución es cuando se genera una «mayor permanencia».
- Que el cálculo del costo por «mayor permanencia» se basó en la ejecución real de la obra. No se ha calculado el costo de «mayor permanencia» hasta el 21 de julio de 2010. Ningún cálculo está hecho hasta el día 119 (los concedidos por ampliaciones).
- Que el cálculo se realizó de la siguiente manera: (i) cuánto tiempo estuvo el equipo en la obra; y (ii) cuánto se cobró por el equipo por ejecución de obra (donde está incluido el costo de los adicionales). El

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

rubro (ii) se deduce del rubro (i). Lo reclamado es el costo real (calculado hasta mayo del 2010) menos lo pagado en ejecución al último Calendario de Avance de Obra (calculado hasta julio de 2010).

- Que el cálculo se hizo equipo por equipo, existiendo algunos meses y equipos en donde figuraba cero (0) de costo.
- Que la ejecución de un adicional (y su consecuente ampliación de plazo) afecta la ejecución de otras partidas no consideradas en el adicional. En ningún momento, Odebrecht ha considerado las partidas del adicional para el cálculo de los costos por «mayor permanencia». Se han considerado las otras partidas (las que no crecen), que han sido afectadas por el adicional.
- Que, efectivamente, las ampliaciones de plazo se dan porque las partidas de la ruta crítica no se pueden ejecutar, pero ello no significa que las demás partidas (no críticas) no se vean involucradas en la ampliación de plazo.
- Que la Norma Técnica peruana si bien dice que para el costo de posesión se debe deducir la depreciación en tanto se use el equipo; también señala que ello se entenderá si el equipo trabaja o está disponible. Esto hace referencia al método lineal para el cálculo de la depreciación como un componente del costo de posesión.
- Que los camiones y otros equipos que el Proyecto indicó deben ser considerados para el gasto general variable, fueron tomados en cuenta por Odebrecht como costo directo, porque el Proyecto los incluyó así

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

en su estructura del presupuesto. Algunas partidas (como, por ejemplo, topografía, remoción de postes y cercos, y mantenimiento de caminos) fueron consideradas por la propia Entidad en los costos directos, porque no iban a ser pagadas como gastos generales.

- 3.46. Que, asimismo, el Tribunal Arbitral aprecia que en la pericia presentada por Odebrecht se hace referencia a la comparación¹² entre el Cronograma de Utilización Original y el Cronograma de Utilización Real de los equipos, a efectos de determinar las horas en que realmente cada máquina estuvo en obra y a efectos de verificar las horas en obra que fueron pagadas y las horas que no fueron pagadas por los precios unitarios.

Que el Proyecto no ha acreditado que dichos cronogramas no hayan sido los reales o que hayan sido adulterados.

- 3.47. Que, en relación a que en la pericia presentada por Odebrecht no se habría analizado si los equipos que fueron ofrecidos en la propuesta estuvieron permanentemente en la obra y operativos, se debe tener presente que, según lo indicado en el ítem XIV «De la relación de equipos presentes en la obra» de dicha pericia, «para determinar el listado de los equipos presentes en obra en cada ocasión de ocurrencia de las causales que originan las solicitudes de ampliación de plazo que se discuten en el presente proceso arbitral, se tiene como fuente la información consignada por el Supervisor de la Obra en sus informes mensuales a la Entidad, por lo que sin duda se trata de una fuente digna de credibilidad».

¹² Comparación efectuada por Odebrecht en su Liquidación (Cuadro 8 del Volumen II – Anexo 4.17 Conceptos a reconocer).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que el Proyecto tampoco ha acreditado que los datos obtenidos de los informes de la Supervisión no sean correctos o que hayan sido adulterados.

- 3.48. Que, en relación a que Odebrecht no habría acreditado los costos de mayor permanencia, se debe precisar que no corresponde que el contratista presente documentos que acrediten dicho costo, como pretendería el Proyecto, dado que dicho costo es el resultado del análisis del costo de posesión y del costo de operación,¹³ así como del rendimiento de cada máquina¹⁴ y del tiempo que ella estuvo en obra.

Que la revisión de los documentos que obran en el expediente y la sustentación de la pericia presentada por Odebrecht han generado convicción en este Colegiado, en el sentido de que se cuantificó las horas que por cada equipo se cobró a través de las valorizaciones mensuales (teniendo en cuenta los costos unitarios ofertados por el Contratista) y se compararon dichas horas con aquéllas durante las cuales el equipo estuvo realmente en obra, a efectos de determinar la mayor permanencia.

- 3.49. Que, en la Audiencia de Sustentación de Informes Periciales, el Proyecto señaló que Odebrecht debía acreditar que todas sus máquinas en obra estaban operativas, criterio que no comparte este Tribunal Arbitral.

Que, en efecto, a entender de este Colegiado, es el Proyecto el que debió acreditar (tal vez, con asientos del Cuaderno de Obra, informes de la

¹³ Del desagregado que se debe hacer de los precios ofertados por el Contratista en su oferta técnica por cada equipo.

¹⁴ Tanto el que Odebrecht consignó en el análisis de precios de su oferta como en el rendimiento real.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Supervisión u otros medios probatorios) qué máquinas de Odebrecht no estaban operativas (y, por ende, no disponibles) y que a pesar de ello han sido objeto del cálculo por «mayor permanencia».

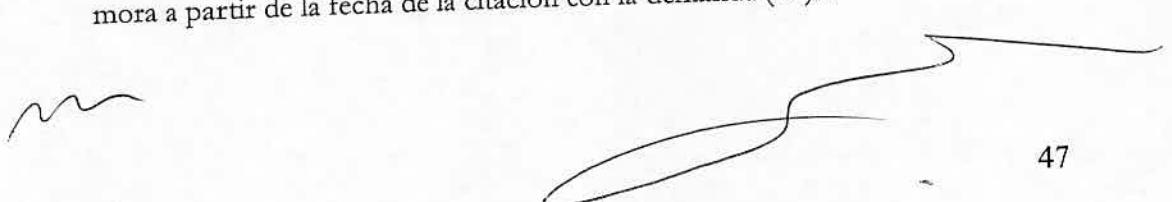
- 3.50. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal Arbitral considera que este extremo de la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht debe ser amparado y, en consecuencia, ordenar al Proyecto que pague la suma de S./17'633,115.29.
- 3.51. Que, en relación al extremo de la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht relativo al pago de intereses, el Tribunal Arbitral entiende que se pretende el pago de intereses moratorios.


Que, como sabemos, dichos intereses son aquéllos que constituyen la manera de indemnizar al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor, salvo que también se haya pactado daño ulterior.

- 3.52. Que al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago —precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).»



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá en materia arbitral como relativa a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.

-  3.53. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.¹⁵ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje, hasta la fecha efectiva de pago de los S/.17'633,115.29.

- 3.54. Que, dentro de tal orden de ideas, también corresponde amparar este extremo de la sexta pretensión principal de Odebrecht.

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN PERJUICIO DE ODEBRECHT, PRODUCTO DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LOS EQUIPOS MOVILIZADOS EN LA ZONA DE OBRA, POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ODEBRECHT, Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLA, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE LA SUMA DE S/. 17'633,115.29 INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO.

Posición de Odebrecht

- 3.55. Que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que el Contratista ha sufrido un evidente perjuicio, consistente en la frustración del justo pago que hubiera recibido por la ampliación del plazo denegada. En tal sentido, esta pretensión se orienta a que se reconozca y pague la suma de S/.17'633,115.29, por concepto de indemnización vinculada a los costos directos asumidos por Odebrecht como consecuencia —precisamente— de la «mayor permanencia» de sus equipos en la zona de la obra.
- 3.56. Que, en el presente caso, se configuran los factores de atribución subjetivos y objetivos que imputan al Proyecto el deber de indemnizar, en vista de que frente a la falta de pago de los mayores gastos generales se configura el evento dañoso. Se ha acreditado que en la ejecución del Contrato no se ha mantenido la equivalencia de las prestaciones, lo que evidencia un incumplimiento flagrante de las estipulaciones contractuales. Por lo que se ha acreditado el evento dañoso (su existencia y cuantía) así como los factores de atribución y la injusticia por los daños sufridos.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Posición del Proyecto

- 3.57. Que la responsabilidad civil se da a raíz de una acción u omisión que genera un daño a una persona o su patrimonio, lo que conlleva a la obligación de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio, en favor del sujeto que experimentó las consecuencias dañosas. Por lo tanto, la responsabilidad contractual nace como consecuencia de la violación de un vínculo jurídico obligatorio originado por un contrato existente entre las partes.
- 3.58. Que, para que se configure la responsabilidad contractual se debe contar con los presupuestos siguientes: (i) el daño, (ii) la imputabilidad, (iii) la ilicitud o antijuridicidad, (iv) el factor de atribución y (v) el nexo causal. Los anteriores son elementos que Odebrecht no ha acreditado fehacientemente, por lo que no cabría posibilidad alguna de que se hubiere configurado responsabilidad contractual.
- 3.59. Que, en todo momento, el Proyecto actuó amparado en el Derecho. Asimismo, Odebrecht no logró sustentar los perjuicios generados por la «mayor permanencia» de equipos movilizados en la zona de la obra, para que se registre la situación dañosa que alega. En ese mismo sentido, tampoco acreditó la supuesta falta de diligencia debida con la que actuó la Entidad y que sería motivo de responsabilidad.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.60. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011,

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.33. a 3.54. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de la «mayor permanencia» del equipo movilizado en la zona de obra por causas no imputables al Contratista, ordenando al Proyecto que pague a favor de Odebrecht la suma de S/.17'633,115.29 más intereses.

Que, dentro de tal orden de ideas, carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal.

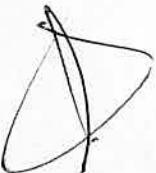
EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A FAVOR DEL PROYECTO, DERIVADO DEL HECHO OBJETIVO DE LA MAYOR PERMANENCIA DE LOS EQUIPOS MOVILIZADOS POR ODEBRECHT EN LA ZONA DE OBRA, POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ÉSTE, Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLO, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE LA SUMA DE S/. 17'633,115.29 INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN A LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.61. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal desestime la primera pretensión subordinada a la sexta pretensión principal, el

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Colegiado debe tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada. Ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.

- 
- 3.62. Que el Proyecto se ha negado a reconocer y pagar los gastos generales correspondientes a la «mayor permanencia» de equipos movilizados por Odebrecht en la zona de obras por causas no imputables a éste. Por lo tanto, no ha pagado el valor total de la obra ejecutada por los costos incurridos para su ejecución. En consecuencia, el monto a pagar es de S./17'633,115.29.
 - 3.63. Que el Proyecto se ha enriquecido con obras pagadas por debajo de su valor. Es decir, se ha enriquecido a expensas de un mayor costo necesario, debido a la «mayor permanencia» de recursos de Odebrecht en la zona de obra para la ejecución de la misma. Por lo tanto, no existe causa que justifique este enriquecimiento. Lo que representa una situación de injusticia que debe resarcirse.

Que, finalmente, esta pretensión tiene carácter residual, en la medida de que no existe ninguna otra acción legal que le permita obtener el resarcimiento solicitado. En consecuencia, esta pretensión subordinada cobrará vigencia en tanto se desestime la sexta pretensión principal y su primera subordinada.

Posición del Proyecto



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.64. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- i) El enriquecimiento del demandado: debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- ii) El daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- iii) La correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- iv) La ausencia de justa causa.
- v) La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

3.65. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955 del Código Civil), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.66. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.33. a 3.54. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de la «mayor permanencia» del equipo movilizado en la zona de obra por causas no imputables al Contratista, ordenando al Proyecto que pague a favor de Odebrecht la suma de S/.17'633,115.29 más intereses.

Que, dentro de tal orden de ideas, carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la segunda pretensión subordinada a la sexta pretensión principal.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE LOS MAYORES COSTOS DIRECTOS DERIVADOS DE LA MAYOR NECESIDAD DE LOS EQUIPOS DE ODEBRECHT Y SU PERMANENCIA EN LA ZONA DE OBRA, POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ODEBRECHT, POR EL MONTO DE S/. 12'926,924.90 INCLUIDO I.GV., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.67. Que la paralización de los trabajos por el Paro Nativo de Bagua, las lluvias y sus consecuencias, las adecuaciones a las soluciones de ingeniería, la aprobación de adicionales y ampliaciones de plazo y demás circunstancias aludidas en la demanda y al sustentar la Sexta Pretensión Principal, motivaron que el plazo de ejecución de los trabajos se viera afectado considerablemente.

Que esta situación se atenuó sólo en parte con las aprobaciones de ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad. Sin embargo, el requerimiento de equipos (permanencia de recursos) en obra, obligó a Odebrecht a mantener en obra recursos adicionales respecto a los recursos mínimos ofertados, lo que generó mayores costos de posesión y operadores en obra, ya que el contratista solicitó y demostró que eran necesarios mayores días de ampliación para poder cumplir con las obras en las nuevas condiciones de trabajo encontradas.

- 3.68. Que las necesidades de soluciones nuevas en diversos sectores de la obra, en forma paralela a la ejecución misma, cambió por completo las condiciones iniciales del contrato, mudando lógicamente los rendimientos

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

previstos de las cuadrillas de construcción, que tuvieron que ir abandonando los sectores en donde la ingeniería aprobada no podía ser aplicada, en busca de sectores en donde los cambios no fueran tan drásticos y se pudiera trabajar, lo que originó que la distribución de los frentes de trabajo no fuera la prevista.

- 3.69. Que, como consecuencia directa del cambio en los rendimientos de las cuadrillas, se verificó que los plazos deberían ampliarse y se solicitaron ampliaciones de plazo que no fueron atendidas. Esta situación quedó claramente evidenciada cuando debido a causales no imputables al Contratista, el programa de ejecución de los trabajos de movimiento de tierras y pavimentación coincidió con el inicio del periodo de lluvias, durante el cual no es posible ejecutar tales trabajos en este periodo. En más de una ocasión se solicitó ampliar los plazos de ejecución, ampliaciones que fueron denegadas, como se muestra en la Memoria Descriptiva Valorizada.¹⁶
- 3.70. Que esta problemática de la ejecución de la obra derivó en los gastos por la mayor necesidad de recursos del Contratista, equipos adicionales al mínimo ofertado y contratado, y su permanencia en la zona de obra por causas que jurídicamente no le resultan imputables, materia del reclamo. Lo que origina que en el Expediente de Liquidación de Obra¹⁷ se haya incluido, entre otros, los montos correspondientes a la «Mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al Contratista».

¹⁶ Página 57 de la Memoria Descriptiva Valorizada.

¹⁷ Volumen II Item 4.17 «CONCEPTOS POR RECONOCER».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.71. Que respecto a las evidencias de la mayor necesidad de recursos movilizados y la mayor permanencia de éstos en la obra por causas o situaciones no imputables al Contratista, debemos señalar que la cantidad real de equipos movilizada a la obra y su real permanencia está sustentada en los informes mensuales de la Supervisión al Proyecto (desde el mes de febrero del 2009 hasta el mes de abril del 2010), la relación del Personal y Equipo (operativo y en perfecto estado). En base a esta información se calculó el monto materia de reclamo.
- 3.72. Que las premisas de precio y plazo bajos las cuales se celebró el Contrato entre las partes, obedecían a condiciones iniciales reflejadas en el plan de trabajo del Contratista, para cumplir un Expediente Técnico elaborado por el Proyecto. Estas condiciones iniciales se reflejan claramente en el cronograma GANTT que forma parte de los documentos contractuales.

Que, asimismo, cabe mencionar que esta carretera se encuentra ubicada en la zona denominada Selva Alta Nororiental, de clima tropical, con marcada temporada de lluvias desde enero y hasta abril, condición que definitivamente fue analizada para el cálculo de rendimientos de los equipos y plan de trabajo propuestos.

Que los rendimientos de los equipos de construcción en los meses lluviosos en la zona denominada Selva Alta Nororiental se ven dramáticamente afectados, conforme se puede verificar de lo indicado en los documentos de la Licitación y otras publicaciones especializadas en el tema.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.73. Que el Expediente Técnico de la obra (que es un documento contractual) indica que los trabajos de terraplenes, sub-base, base, imprimación asfáltica, pavimento de concreto asfáltico en caliente y relleno para estructuras, sólo se llevarán a cabo cuando no haya lluvia.

Que, incluso, prescribe que la ejecución de los servicios de sub-base, base, imprimación asfáltica, pavimento de concreto asfáltico en caliente y rellenos para estructuras, no se podrán ejecutar ni siquiera cuando exista fundado temor de ocurrencia de lluvia o se podrán ejecutar sólo cuando existan condiciones favorables (no lluvioso, ni nublado).


Que del análisis de la clasificación técnica de lluvias que hace el SENAMHI, se desprende que ningún equipo logrará alcanzar una producción o rendimiento igual para condiciones de trabajo en seco que bajo condiciones de trabajo durante las lluvias.

- 3.74. Que, con fecha 25 de noviembre de 2009, el Proyecto comunica a Odebrecht la aprobación del Adicional de Obra n.º 3 y Deductivo Vinculante n.º 3, el cual incluía la aprobación para utilizar como insumo de la imprimación asfáltica, el asfalto diluido tipo MC-30. Como consecuencia de esto, Odebrecht solicita la correspondiente ampliación de plazo para ejecutar los servicios aprobados y la interrupción de los trabajos de pavimentación durante la temporada de lluvias por 132 días, debidamente justificados; sin embargo, la Entidad denegó la ampliación solicitada. Es decir, ese acto arbitrario del Proyecto obligó a Odebrecht a ejecutar estos servicios en condiciones completamente diferentes a las pactadas en el Contrato e, incluso, en contra de lo que las Especificaciones Técnicas indicaban, obligando a Odebrecht a movilizar una mayor cantidad de

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

equipos, a fin de poder concluir la obra dentro del plazo indicado por el Proyecto, y no incurrir en las penalidades estipuladas en el Contrato por la demora.

Que, sobre el particular, Alexander Campos en su artículo «El Contrato de Obra Pública: lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir», señala que «(...) la denegatoria injustificada de una ampliación de plazos generará la necesidad de acelerar los trabajos para cumplir con el plazo originalmente previsto, lo cual, producirá un injusto desequilibrio en el contrato de obra en perjuicio del contratista».

- 3.75. Que, asimismo, el 18 de diciembre de 2009, el Proyecto comunica a Odebrecht la aprobación del Adicional de Obra n.º 4, el cual incluía la aprobación de mayores obras de movimientos de tierras, pavimentación, transporte de materiales, cambios en el diseño de la base granular, obras de sub-drenaje y mejoramiento de suelos en la sub-rasante. Estos cambios se generaron por la necesidad de adecuar el proyecto a las condiciones reales encontradas en la zona de obra y que son de total responsabilidad del Proyecto. Sin embargo, estas nuevas condiciones afectaron de nuevo y de forma dramática el plan de trabajo pactado en el Contrato.

Que, en ese sentido, Odebrecht solicita otra ampliación de plazo para la ejecución de estos servicios, indicando nuevamente que no podrá trabajar en la temporada lluviosa, solicitando justificadamente al Proyecto 144 días de ampliación de plazo. Sin embargo, el Proyecto sólo otorgó 5 días de ampliación para la ejecución de todos estos nuevos servicios y en época de lluvias, sin dar ninguna explicación técnica para esto, lo que se constituye nuevamente en un acto arbitrario del Proyecto.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

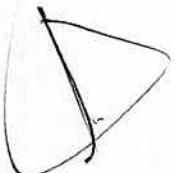
- 3.76. Que, como se puede apreciar de los documentos contractuales aprobados por la Entidad al término del Contrato, tales como el nuevo cronograma de ejecución de obra GANTT, el Proyecto obligó a Odebrecht a ejecutar la obra durante todo el periodo lluvioso y más aún a cumplir los rendimientos pactados en el Contrato que, como hemos visto, eran rendimientos para condiciones completamente diferentes.
- 3.77. Que, sin perjuicio de lo antes expuesto y ratificando la legalidad del reclamo que no busca otra cosa que el cumplimiento de una estipulación contractual (la contenida en las Bases integradas), Odebrecht tiene derecho al pago de la mayor permanencia de recursos, equipo y sus operadores en la zona de obra, por haberse configurado la causal prevista, *«situaciones no imputables al contratista»*, reconocidas y aceptadas reiteradamente por el Proyecto y toda vez que la mayor necesidad de este equipo ha sido acreditada debidamente.
- 3.78. Que el mayor costo de posesión de los equipos se obtiene de la diferencia entre el costo de posesión de equipos reales en obra informados por la Supervisión y el costo de posesión de equipos según Calendario Final del Contrato, como se muestra a continuación:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

COSTO DE POSESION DE EQUIPOS REALES EN OBRA (a):	S/. 46,766,795.20
COSTO DE POSESION DE EQUIPOS SEGÚN CALENDARIO FINAL DE OBRA (b):	S/. 23,791,643.08
MONTO POR MAYOR NECESIDAD DE EQUIPOS y SU PERMANENCIA (c=a-b):	S/. 22,975,152.12
MONTO POR MAYOR PERMANENCIA DE RECURSOS (d):	S/. 13,256,641.80
MONTO POR MAYOR NECESIDAD DE RECURSOS Y SU PERMANENCIA (c-d):	S/. 9,718,510.32
Gastos Generales Variables :	S/. -
Gastos Generales Fijos :	S/. -
Utilidad :	12%
SUB TOTAL :	S/. 1,166,221.24
Kreajuste equipos Jun'10 [K-1] :	-0.002
MONTO REAJUSTADO :	S/. 10,884,731.56
I.G.V. 19.00% :	S/. -21,769.46
MONTO TOTAL FACTURABLE :	S/. 10,862,962.10
	S/. 2,063,962.80
	S/. 12,926,924.90

- 3.79. Que el artículo 1361 del Código Civil y el artículo 201 del Reglamento, establecen la obligatoriedad de los Contratos.


Que cualquier exceso respecto del marco contractual (es decir, asumir prestaciones fuera o por encima de tales lineamientos) sin que sean remunerados, implica una práctica lesiva al principio de la buena fe en la ejecución de los contratos, contemplada por el artículo 1362 del Código Civil.

Que el negarse a pagar el mayor costo que se deriva del uso y empleo de una fuente privada, argumentando que se trata de fondos públicos, es una clara vulneración al principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley.

- 3.80. Que, dentro de tal orden de ideas, la pretensión que constituye objeto de este extremo de la demanda, resulta plenamente ajustada a derecho, al reposar sobre causa jurídica viable, dado que el propietario de la obra se encuentra constreñido al cumplimiento de la prestación remunerativa a su

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

cargo, cuyo monto asciende a S/. 12'926,924.90 incluido I.G.V. más intereses.

Posición del Proyecto

- 3.81. Que Odebrecht justifica la mayor necesidad de equipo empleado en la ejecución de la obra, en el hecho de las paralizaciones de los trabajos por lluvias y paro nativo, así como las adecuaciones a las soluciones de ingeniería.
- 3.82. Que se encuentra acreditado que el Proyecto nunca ordenó ni consintió la utilización de mayores equipos en la obra y el hecho de que Odebrecht sostenga que utilizó mayores equipos no significa que el Proyecto los haya autorizado.
- 3.83. Que, asimismo, se debe tener presente que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico, es que las partes tienen que cumplir con lo convenido y no están forzadas a ejecutar prestación distinta, ni exigir más de lo acordado a la otra partes, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley entre las partes.
- 3.84. Que si Odebrecht consideraba que la utilización del equipo mínimo era insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones, era necesario solicitar la autorización al Proyecto para utilizar un mayor equipo en la obra. Es decir, ninguna de las partes puede desconocer el acuerdo de voluntades.

Que, por lo tanto, si Odebrecht no solicitó la autorización para utilizar mayores equipos para la ejecución de la obra y en su lugar la ejecuta

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

unilateralmente, con la esperanza de que le sea retribuido, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para el Proyecto.

- 3.85. Que, finalmente, se deja constancia de que el Proyecto en ningún momento solicitó a Odebrecht la incorporación de otras unidades de equipo, salvo las que forman parte del equipo mínimo y su uso en la obra. Asimismo, el único reconocimiento que contractualmente corresponde asumir al Proyecto, es el de los gastos de movilización y desmovilización de dicha mayor maquinaria, conforme a los Requerimientos Técnicos Mínimos. Por lo tanto, toda movilización de mayor cantidad de equipo sin autorización del Proyecto es de absoluta responsabilidad de Odebrecht.
- 3.86. Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión y declararla infundada.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.87. Que, en primer término, cabe recordar que mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad deducida por el Proyecto en contra —entre otras— de la séptima pretensión principal.

Que, en tal sentido, no corresponde pronunciarse sobre la excepción de caducidad que ya fue desestimada por la extemporaneidad de su presentación.

- 3.88. Que el Tribunal Arbitral ha escuchado los argumentos de las partes con respecto a esta pretensión en la Cuarta Audiencia de Ilustración.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

Asimismo, ha analizado y revisado las pericias que cada una de las partes presentó como medios probatorios, las mismas que fueron sustentadas en su respectiva Audiencia.

Que las partes coinciden en que las condiciones originales de la ejecución del Contrato se modificaron por factores tales como el paro nativo de Bagua, las lluvias y los adicionales de obra (lo que implicó la ampliación del plazo de ejecución del Contrato).

Que, en ese sentido, en este punto el Tribunal Arbitral se centrará en analizar (i) si existió una «mayor necesidad» de equipos en la zona de obra, por causas no imputables a Odebrecht; (ii) si corresponde que el Proyecto reconozca y pague por los mayores costos que ello originó; (iii) si el cálculo del monto pretendido es válido; y (iv) de ser el caso, cuál sería el monto a pagar por parte del Proyecto.

3.89. Que, para efectos del presente análisis, se debe recordar que, de lo actuado en el presente proceso, ha quedado acreditado lo siguiente:

- (i) El Cronograma Inicial del Contrato tenía estimado un plazo de ejecución contractual de 450 días calendario que se inició el 30 de diciembre de 2008 y que vencería el 24 de marzo de 2010.
- (ii) Dicho plazo de ejecución se amplió en 119 días, modificándose la fecha de término de la obra al 21 de julio de 2010. Sin embargo, según el Asiento n.º 919 del Cuaderno Obra, los trabajos de ejecución de la obra culminaron el 18 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.90. Que, asimismo, de la documentación y escritos que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

- (i) Mediante Carta n.º 08-2010/SISA-PEHCBM, de fecha 11 de junio de 2010, Odebrecht señala que el costo por «mayor necesidad» de recursos y su permanencia en la zona de obra, asciende a la suma bruta de S/. 9'718,510.32.¹⁸
- (ii) Mediante Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 21 de junio de 2010, la Supervisión señala que, de una lectura integral del Contrato, dicho concepto no se encuentra reconocido y que las solicitudes de ampliación de plazo fueron denegadas. En tal sentido, se concluye que no corresponde el pago pretendido.
- (iii) En el Informe n.º 113-2010-PEHCBM/JAAG, de fecha 2 de julio de 2010, el Administrador de Contratos indica que el Contratista es responsable por la cantidad de frentes de trabajo (con libertad para organizar la obra como mejor convenga y optimizar recursos); sin

¹⁸ Monto al cual, según lo indicado en el escrito de demanda de Odebrecht, hay que agregar la utilidad, aplicarle el reajuste con el factor K y agregarle el I.G.V., lo que da un total de S/.12'926,924.90 (suma que es la consignada en la Liquidación Final de la Obra, presentada por Odebrecht y pretendida en este proceso arbitral).

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

embargo, la Entidad no está obligada a reconocer mayores gastos como consecuencia de la logística empleada por el Contratista, ya que ello no se encuentra previsto en el Contrato.

- (iv) En el Informe n.º 206-2010-GRSM-PEHCBM/D.O., de fecha 8 de julio de 2010, el Director de Obras indica que el Contratista está sustentando esta valorización en la supuesta necesidad de utilizar mayores recursos que no fueron reconocidos en las ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad. El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no considera otro efecto de la modificación del plazo contractual que el establecido por el artículo 260, a saber: mayores gastos generales.
- (v) En la Liquidación de Obra presentada por el Contratista con fecha 23 de agosto de 2010, se indica que el costo por «mayor necesidad» de recursos y su permanencia en la obra, asciende a la suma neta de S/.12'926,924.90,¹⁹ monto que luego fue ratificado en la pericia de parte presentada por Odebrecht.
- 3.91. Que, por otro lado, cabe recordar que la Cláusula Sexta del Contrato establece que «el presente contrato está conformado por sus anexos, las bases integradas (que incluyen planos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, cláusulas de medición, fórmula polinómica, presupuesto y toda otra documentación del Expediente Técnico), la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes». (El subrayado es nuestro).

¹⁹ Ese monto es el resultado de la suma bruta ascendente a S/.10'862,962.80 más el I.G.V., ascendente a S/.2'063,962.80.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin embargo, del Contrato no se desprende la figura de la «mayor necesidad», a diferencia, por ejemplo, de la «mayor permanencia», que sí se encuentra regulada en las Bases integradas del Contrato.

- 3.92. Que, de conformidad con lo establecido en el cuarto párrafo del ítem «Relación de equipo mínimo requerido» del Anexo n.º 6 de las Bases integradas, era obligación de Odebrecht contar con un equipo mínimo para la ejecución de la obra por el plazo determinado contractualmente.

Que el Tribunal Arbitral entiende que el equipo mínimo no será necesariamente todo el equipo que empleará el Contratista en la obra, ya que como lo señala el Pronunciamiento n.º 311/2010/DTN, de fecha 12 de octubre de 2010, los postores deben ofrecer ejecutarla empleando el «equipo que ellos consideren pertinente», siempre que no sea menor al mínimo considerado por la Entidad.

Que, asimismo, el Colegiado entiende que el Contratista oferta una cantidad determinada de equipo para cada partida, en el entendido de que cobrará los costos de posesión y de operación a través del pago a precios unitarios (valorizaciones mensuales).

- 3.93. Que, sobre el particular, la pericia de parte presentada por Odebrecht se centra en explicar cómo es que el Contratista efectuó el cálculo del concepto por «mayor necesidad», indicando que se cuantificaron las horas que han estado realmente todos los equipos movilizados y se dedujo lo que cada equipo ha cobrado, vía la aplicación de precios unitarios y lo que se pretende por «mayor permanencia».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin embargo, en la pericia no se explica cuál es la base legal o contractual para pretender que la Entidad pague por esta «mayor necesidad».

- 3.94. Que el Tribunal Arbitral no puede desconocer que el propio Contratista ha sustentado esta pretensión, indicando que en tanto la Entidad denegó ampliaciones de plazo o las concedió parcialmente, se vio en la necesidad de aumentar el equipo, a efectos de poder terminar la obra dentro del plazo contractual, sin que se le imponga penalidad alguna.


Que si bien las ampliaciones de plazo denegadas o concedidas parcialmente, se sustentarían —según sostiene el Contratista— en causas no imputables a éste, el pretender que se le reconozca por esta «mayor necesidad» implica que logre por vía indirecta lo que le fue denegado por la vía directa.

Que, en efecto, si bien el Contratista puede afirmar que las causales que sustentaban sus pedidos de ampliación de plazo no eran atribuibles a éste, lo cierto es que la Entidad no las amparó. En ese sentido, el Contratista debía cumplir con la ejecución de la obra de conformidad con el Calendario de Avance de Obra vigente; pero ello no significaba que podía pretender válidamente que la Entidad le pague por el mayor equipo que hubiese requerido para terminar a tiempo.

- 3.95. Que si la Entidad no concedía las ampliaciones de plazo, el Contratista —durante el plazo de ejecución de la obra— pudo someter dicha controversia a arbitraje, a efectos de que un Tribunal Arbitral pudiera

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

evaluar si realmente la causal supuestamente no atribuible al Contratista ameritaba una ampliación de plazo. Con el plazo ampliado, el Contratista podía cumplir con la ejecución de la obra, sin necesidad de aumentar la cantidad de equipo. Con el plazo ampliado, el Contratista cobraría los costos directos a través de las valorizaciones mensuales (a precios unitarios). Ello, sin perjuicio de los mayores gastos generales que hubiera podido reclamar el Contratista.

- 3.96. Que si se aceptara la posición de Odebrecht, cada vez que la Entidad deniega una ampliación, terminaría pagando vía este concepto de «mayor necesidad» por el mayor equipo que se lleve a obra, a pesar de que dicho concepto no está reconocido ni en la Ley ni en el Contrato.
- 3.97. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal Arbitral considera que se debe desestimar la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN PERJUICIO DE ODEBRECHT, PRODUCTO DE LA MAYOR NECESIDAD DE EQUIPOS Y SU PERMANENCIA EN LA ZONA DE OBRA POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ODEBRECHT Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLA, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE S./12'926,924.90 INCLUIDO I.GV., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO.

Posición de Odebrecht

- 3.98. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal considere que no puede ordenar al Proyecto que pague la cantidad reclamada por concepto

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

de la mayor necesidad y permanencia de equipos Contratista en la zona de obra por causas no imputables a este, deberá tener en consideración que Odebrecht ha sufrido un evidente perjuicio consistente en la frustración del justo pago que hubiéramos recibido, por la ampliación del plazo denegada.

Que, en ese sentido, la pretensión se orienta a que se reconozca y pague la suma indicada por concepto de indemnización vinculada a los costos directos asumidos por Odebrecht como consecuencia, precisamente, de la mayor necesidad y permanencia de sus equipos en la zona de la obra.

- 3.99. Que, por otro lado, se configuran los factores de atribución subjetivos y objetivos que imputan al Proyecto el deber de indemnizar, en vista de que frente a la falta de pago de los mayores gastos generales se configura el evento dañoso, que no mantiene la equivalencia de las prestaciones, lo que pone de manifiesto un incumplimiento flagrante de las estipulaciones contractuales.
- 3.100. Que, en el presente caso, Odebrecht ha acreditado el evento dañoso, su existencia y cuantía; así como los factores de atribución y la injusticia por los daños sufridos.

Posición del Proyecto

- 3.101. Que la responsabilidad civil se da a raíz de una acción u omisión que genera un daño a una persona o su patrimonio, lo que conlleva a la obligación de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio, en favor del sujeto que experimentó las consecuencias dañosas. Por lo tanto,

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

la responsabilidad contractual nace como consecuencia de la violación de un vínculo jurídico obligatorio originado por un contrato existente entre las partes.

3.102. Que, para que se configure la responsabilidad contractual se debe contar con los presupuestos siguientes: (i) el daño, (ii) la imputabilidad, (iii) la ilicitud o antijuridicidad, (iv) el factor de atribución y (v) el nexo causal. Los anteriores son elementos que Odebrecht no ha acreditado fehacientemente, por lo que no cabría posibilidad alguna de responsabilidad contractual.

3.103. Que, en todo momento, el Proyecto actuó amparado en el Derecho. Asimismo, Odebrecht no logró sustentar los perjuicios generados por la mayor necesidad de equipos y su permanencia en la zona de obra por causas no imputables a Odebrecht, para que se registre la situación dañosa que alega. En ese mismo sentido, tampoco acreditó la supuesta falta de diligencia debida con la que actuó la Entidad y que sería motivo de responsabilidad.

Posición del Tribunal Arbitral

3.104. Que, como sabemos, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.²⁰

3.105. Que, asimismo, cabe recordar que para reconocer una pretensión indemnizatoria deberán cumplirse y acreditarse todos los requisitos de la responsabilidad civil:

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

3.106. Que si bien el Contratista indica que para que se configure responsabilidad contractual debe existir un contrato válidamente celebrado y que se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo a las obligaciones del deudor, no indica cuál sería la obligación (contractual o legal) que el Proyecto habría inejecutado.

Que, en efecto, como se ha señalado en los Considerandos 3.88. a 3.97 del presente Laudo, no se ha acreditado cuál es la base legal o contractual por

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 867.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

la cual se pretende que la Entidad pague por esta «mayor necesidad» y permanencia de equipos en la obra.

Que, en otras palabras, Odebrecht no ha acreditado la existencia de la obligación por parte del Proyecto de reconocer la «mayor necesidad» de equipo, por lo que no se puede hablar de incumplimiento que implique responsabilidad alguna.

3.107. Que, en el presente caso, Odebrecht tampoco ha acreditado la antijuricidad o ilicitud en el actuar del Proyecto.

Que, finalmente, cabe reiterar que (i) si bien las ampliaciones de plazo denegadas o concedidas parcialmente, se sustentaría —según sostiene el Contratista— a causas no imputables a éste, el pretender que se le reconozca por esta «mayor necesidad», implica que logre por vía indirecta lo que le fue denegado por la vía directa; y (ii) si se aceptara la posición de Odebrecht, cada vez que la Entidad deniega una ampliación, terminaría pagando vía este concepto de «mayor necesidad» por el mayor equipo que se lleve a obra, a pesar de que dicho concepto no está reconocido ni en la Ley ni en el Contrato.

3.108. Que, dentro de tal orden de ideas, este Tribunal Arbitral considera que se debe desestimar la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A FAVOR DEL PROYECTO, DERIVADO DEL HECHO OBJETIVO DE LA MAYOR

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

NECESIDAD DE EQUIPOS Y SU PERMANENCIA EN LA ZONA DE OBRA POR CAUSAS NO IMPUTABLES A ODEBRECHT Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLA, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE S/. 12'926,924.90 INCLUIDO I.GV., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO.

Posición de Odebrecht

- 3.109. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal desestime la Primera Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal, éste tenga en cuenta que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada. Ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.
- 3.110. Que el Proyecto se ha negado a reconocer y pagar los gastos generales correspondientes a la mayor necesidad y permanencia de equipos movilizados por Odebrecht en la zona de obras por causas no imputables a éste. Por lo tanto, no ha pagado el valor total de la obra ejecutada por los costos incurridos para su ejecución.
- 3.111. Que el Proyecto se ha enriquecido con obras pagadas por debajo de su valor. Es decir, se ha enriquecido a expensas de un mayor costo necesario, debido a la mayor necesidad y permanencia de recursos de Odebrecht en la zona de obra para la ejecución de la misma. Por lo tanto, no existe causa que justifique este enriquecimiento. Lo que representa una situación de injusticia que debe resarcirse.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.112. Que, finalmente, esta pretensión tiene carácter residual, en la medida de que no existe ninguna otra acción legal que le permita obtener el resarcimiento solicitado. En consecuencia, esta pretensión subordinada cobrará vigencia en tanto se desestime la sexta pretensión principal y su primera subordinada.

Posición del Proyecto

3.113. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- i) I enriquecimiento del demandado: debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- ii) I daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- iii) a correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- iv) a ausencia de justa causa. La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

3.114. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955 del Código), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.115. Que Von Tuhr²¹ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente

²¹ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]».²²

Que, en ese mismo sentido, Llambías²³ afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Que, por su parte, Ludwig Enneccerus²⁴ señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció.

3.116. Que Llambías²⁵ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) el enriquecimiento del demandado;
- (ii) el empobrecimiento del demandante;
- (iii) la relación causal entre esos hechos;

²² VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 323.

²³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

²⁴ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 2.^a Ed., Volumen Segundo, p. 583.

²⁵ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 380.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y,
- (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

3.117. Que, para efectos del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral iniciará su análisis en base al último de los requisitos señalados.

Que, sobre el particular, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de *in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

Que, de esta manera, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955 de nuestro Código Civil, que establece lo siguiente:

«Artículo 1955.- 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 obtener la respectiva indemnización». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido.

Que, según Delia Revoredo,²⁶ esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una

²⁶ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, pp. 778-779.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre las dos precedentes.

Que en la misma línea encontramos a Llambías,²⁷ quien afirma que:

- (a) «Si el empobrecido ha dejado prescribir [...] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. [...] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés».
- (b) «Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción *in rem verso*».
- (c) «Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la *in rem verso*, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción».

3.118. Que, como se puede apreciar, la razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de *in rem verso* cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.

Que si la ley concede a la parte perjudicada por el empobrecimiento alguna otra acción que pueda interponer contra o con respecto a su contraparte, lo que dice la ley —a través del citado artículo 1955 del Código Civil— es

²⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 397.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

que tiene que recurrir a esas pretensiones o acciones para tratar de hacer valer sus derechos.

Que eso significa que la ley peruana, al igual que la generalidad de la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica y de los códigos civiles extranjeros, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa, le ha dado al mismo carácter supletorio. Es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria. No se trata de una pretensión adicional a otras que se pueda plantear, ni es una pretensión más que se pueda interponer. Es una pretensión cuya interposición cabe en defecto de existencia de otras pretensiones.²⁸

Que, ello, a su vez, implica que si el accionante tuviese otra pretensión, debería recurrir a ella. Significa que si tiene otra pretensión y recurre a ella, y dicha pretensión es declarada infundada o improcedente, no podría recurrir a la pretensión por enriquecimiento sin causa.²⁹

- 3.119. Que, en el presente caso, Odebrecht recurre a la figura del enriquecimiento sin causa de manera subordinada, en caso se hubiera desestimado su Séptima Pretensión Principal y la Primera Subordinada a ésta.

Que, en efecto, el demandante pretende el pago de la misma suma de dinero, en ambas pretensiones.

²⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra editores S.A.C., 2009, p. 72.

²⁹ ÍDEM.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

Que, como resulta evidente, el requisito de subsidiariedad no se verifica en el presente caso, puesto Odebrecht hizo ejercicio de otra vía, la misma que fue declarada infundada.

3.120. Que, en consecuencia, corresponde declarar improcedente la pretensión subordinada a la Séptima Pretensión Principal de Odebrecht.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N.º 263-2010-GRSM-PEHCBM, DE FECHA 12 DE JULIO DE 2010, QUE DENEGÓ EL RECONOCIMIENTO DE LOS CONCEPTOS SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA CON CARTA N.º 07-2010-SISA-PEHCBM, DE FECHA 8 DE JUNIO DE 2010, COMPLEMENTADA CON CARTA N.º 08-2010-SISA-PEHCBM, DE FECHA 11 DE JUNIO DE 2010³⁰

Posición de Odebrecht

3.121. Que con el objeto de cubrir los verdaderos costos incurridos en la obra, como consecuencia de modificaciones del proyecto, adicionales, ampliaciones de plazo y reprogramaciones de obra, Odebrecht con Carta n.º 07-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 8 de junio 2010, complementada con Carta n.º 08-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 11 de junio 2010, solicitó la aprobación de presupuestos adicionales por:

³⁰ Que, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del Considerando 3 del presente Laudo, habiendo resuelto las controversias planteadas en la sexta y la séptima pretensiones principales (y sus subordinadas), corresponde analizar la quinta pretensión principal. Ello, habida cuenta de que la sexta y séptima pretensiones principales se referían a conceptos que fueron materia de pronunciamiento de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, cuya nulidad e ineficacia han sido demandadas por Odebrecht como quinta pretensión principal.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

- (i) Resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad.
- (ii) Valorización de mayores gastos generales por modificación en el plazo de ejecución de la obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iii) Valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iv) Valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.

3.122. Que, con el sustento debido, la Supervisión —con Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S-JS, de fecha 21 de junio de 2010— opinó por el reconocimiento de la «Mayor Permanencia del Equipo Mínimo Ofertado Movilizado a la Zona de Trabajo por causas no imputables al contratista» y sometió a consideración del Proyecto, la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL, de fecha 27 de julio de 2010, sus cálculos por tal concepto, ascendentes a S/.12'631,076.47.

Que, por su parte, la Entidad —afectando la obligación de motivar sus decisiones— mediante Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM-GG, notificada con Carta n.º 189-2010-GRSM-PEHCBM-GG, de fecha 14 julio de 2010, denegó la totalidad de los conceptos solicitados.

3.123. Que Odebrecht —mediante Carta n.º 11-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 5 de agosto de 2010— apeló la referida Resolución Gerencial, solicitando la documentación e informes de sustento de la misma. Por su parte, la Entidad con Carta n.º 237-2010-GRSM-PEHCBM-GG desestimó el recurso manifestando que, por haber transcurrido en exceso el plazo legal

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

desde la expedición de la resolución impugnada hasta la interposición del recurso, la resolución habría quedado firme y consentida.

Que estamos frente a un criterio abusivo y carente de sustento legal que Odebrecht solicita sea revocado.

3.124. Que la Resolución Gerencial n.^o 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG está viciada de nulidad de pleno derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.^o 27444, al carecer de los requisitos de validez establecidos en los numerales 2 y 4 del artículo 33 de la referida Ley, concordantes con los numerales 5.4 del artículo 5 y numerales 6.1 y 6.3 del artículo 6 dicha Ley.

Que las referidas normas establecen que el contenido del acto decisorio del Proyecto, respecto de nuestra solicitud, debe comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas y, asimismo, su motivación debe ser expresa, concreta y directa.

3.125. Que la pretensión de nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG tiene origen y sustento en los vicios de nulidad advertidos en el análisis de la misma, así como en los documentos que dicha resolución menciona como elementos de sustento; a saber: Informe n.º 206-2010-GRSM-PEHCBM/D.O, de fecha 8 de julio de 2010, de la Dirección de Obras del Proyecto, y el Informe Legal n.º 078-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que en la resolución denunciada se invoca también el Informe n.º 113-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, del Administrador del Contrato y la Opinión de la Supervisión entregada a la Entidad con Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 21 de junio de 2010.

Que los documentos mencionados adolecen de nulidad insalvable por ausencia de debida motivación.

3.126. Que la Opinión de la Supervisión entregada a la Entidad con Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S/JS, constituye el único elemento técnico relevante entre los documentos que menciona la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, en lo relativo a la mayor permanencia de los equipos del Contratista en la zona de la obra.

Que la Supervisión recomienda la aprobación del reclamo, aunque los cálculos efectuados respecto del ítem en cuestión no fueron merituados (sic) por la Entidad, que emitió la resolución antes que éstos fueran entregados por la Supervisión, a pesar de que había indicado que los presentaría.

Que los cálculos efectuados por el Supervisor en términos generales resultan muy cercanos al monto pretendido. Sin embargo, es notorio que la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG prescinde de la opinión del Supervisor, lo que constituye un defecto adicional de la misma.

Posición del Proyecto

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.127. Que la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG fue notificada a Odebrecht con fecha 15 de julio de 2010, por lo que el plazo de quince (15) días establecido por el artículo 257 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha caducado.

Que, en tal sentido, la referida Resolución ha quedado consentida y, por ende, no puede ser cuestionada.

3.128. Que mediante Carta n.º 07-2010/SISA-PEHCBM, de fecha 8 junio de 2010, Odebrecht reclama algunos conceptos. Dicho reclamo fue derivado a la Supervisión para que emitiera opinión respecto de los cuatro puntos allí planteados.

Que la opinión de la Supervisión fue alcanzada con Carta n.º 263-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 21 de junio de 2010, a través de la cual denegaba tres de los cuatro conceptos reclamados.

Que la Supervisión indicó que era procedente reconocer la valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra y que recalcularía el importe.

3.129. Que, asimismo, las opiniones fueron evaluadas por el área técnica del Proyecto, a través del Administrador del Contrato y Director de Obras, estableciéndose con respecto a las peticiones lo siguiente:

(i) En torno al resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad, la Supervisión señala que el reclamo carece de fundamento

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

legal y que no procede reconocimiento de pago por este concepto, en razón de lo dispuesto por la parte final del artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Sobre el particular, el área técnica comparte el mismo criterio de la Supervisión, al haber transcurrido 19 días desde la fecha de firma del Contrato.

- (ii) En torno a la valorización de mayores gastos generales por modificación en el plazo de ejecución de la obra por situaciones no imputables al contratista, la Supervisión opina que no procede dicho reclamo, ya que el concepto del gasto general está ligado con el tiempo. En este caso, ya se han reconocido los gastos generales por ampliaciones de plazo otorgadas por causas diferentes a la ejecución de presupuestos adicionales. Asimismo, en las ampliaciones de plazo por ejecución de adicionales, los gastos generales ya están incorporados en los mismos presupuestos.
- (iii) En torno a la valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables al Contratista, la Supervisión manifestó que procede el reconocimiento del concepto anterior y que recalcularía el importe. El área técnica del Proyecto no comparte la opinión de la Supervisión, ya que la ampliación de plazo implica el reconocimiento de mayores gastos generales; sin embargo, ello ya se otorgó y, por lo tanto, no corresponde reconocer a Odebrecht esta valorización.
- (iv) En torno a la valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al Contratista, la Supervisión manifestó que no procede lo solicitado por

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Odebrecht; porque la supuesta necesidad de utilizar mayores recursos no fue reconocida en las ampliaciones de plazo concedidas por la Entidad; criterio anterior que también comparte el área técnica del Proyecto. El artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado únicamente reconoce los gastos generales, concepto que ya fue concedido al Contratista.

3.130. Que los anteriores argumentos motivaron la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Que dicha resolución fue notificada a Odebrecht con fecha 15 de julio de 2010, mediante Carta n.º 189-2010-GRSM-PEHCBM/GG, y a la Supervisión con Carta n.º 188-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Que, luego de dichas notificaciones, con fecha 27 de julio de 2010, la Supervisión presenta la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL, a través de la cual remite un cálculo ascendente a S/. 12'631,076.47 por concepto de costos de mayor permanencia de recursos en la zona de obra. Ante la impertinencia del cálculo remitido, mediante Carta n.º 213-2010-GRSM-PEHCBM-GG, de fecha 6 de agosto de 2010, se devuelve a la Supervisión la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL.

3.131. Que, al respecto, Odebrecht pretendió impugnar la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG; sin embargo, estando el Contrato en fase de ejecución, este recurso impugnatorio no se halla previsto en el Contrato ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (y su Reglamento). La Ley de Procedimiento Administrativo General no es

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

aplicable al presente caso, sino lo establecido por los artículos 195 y 257 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

3.132. Que, dentro de tal orden de ideas, la cuestionada Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG cumple con todos los requisitos de validez, estando debidamente motivada, por lo que carece de fundamento la pretensión de Odebrecht.

Que las solicitudes de Odebrecht pasaron por el análisis de las instancias técnica y legal del Proyecto, pudiendo o no coincidir con las recomendaciones u opiniones de la Supervisión.

Que, en consecuencia, el Proyecto solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada esta pretensión de Odebrecht.

Posición del Tribunal Arbitral

3.133. Que, en primer lugar, cabe recordar que mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad deducida por el Proyecto en contra —entre otras— de la quinta pretensión principal.

Que, en tal sentido, no corresponde pronunciarse sobre la excepción de caducidad que ya fue desestimada por la extemporaneidad de su presentación.

3.134. Que, en relación al fondo de la pretensión, cabe precisar que este Colegiado centrará su análisis en determinar si existió o no falta de

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

motivación en la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, en la medida de que dicha supuesta carencia de motivación es el único argumento de Odebrecht para demandar su nulidad e ineeficacia.

3.135. Que, a través de la referida Resolución Gerencial, el Proyecto denegó la solicitud de Odebrecht para que se le reconozcan mayores gastos; a saber:

- (i) Resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad.
- (ii) Valorización de mayores gastos generales por modificación del plazo de ejecución de la obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iii) Valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iv) Valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.

Que, sin embargo, en el presente arbitraje se han reconocido sólo algunos de dichos conceptos, mientras que los otros han sido desestimados; a saber:

- (i) En el Laudo Parcial, de fecha 25 de octubre de 2012, se declaró INFUNDADA la Octava Pretensión Principal de Odebrecht, relativa al resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad.

- (ii) En el Laudo Parcial, de fecha 25 de octubre de 2012, se declaró FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de Odebrecht, relativa a la valorización de mayores gastos generales por modificación del plazo de ejecución de la obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iii) En los Considerandos 3.34. a 3.54. del presente Laudo Definitivo, se ha concluido que debe ser declarada FUNDADA la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht, relativa a la valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.
- (iv) En los Considerandos 3.88. a 3.97. del presente Laudo Definitivo, se ha concluido que debe ser declarada INFUNDADA la Séptima Pretensión Principal de Odebrecht,³¹ relativa a la valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista.

3.136. Que, por otro lado, debemos tener recordar que, en el ámbito de la contratación pública, todo acto administrativo debe ser congruente con lo dispuesto por la Ley de la materia y por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.^o 27444.

³¹ Asimismo, en los Considerandos 3.104 a 3.108, se concluyó que se debe declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada de la Séptima Pretensión Principal, y en los Considerandos 3.115 a 3.120, que se debe declarar IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Subordinada de la Séptima Pretensión Principal.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, a efectos de su validez, la Resolución Gerencial n.^º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG debe cumplir con lo dispuesto por ambas normas, para que la presunción de validez³² no se vea afectada por un supuesto de anulabilidad o nulidad que la invalide.

3.137. Que, según Orlando,³³ el acto administrativo es válido desde el momento en que se adecua perfectamente al molde de las exigencias del ordenamiento jurídico y del Derecho.

Que, asimismo, el artículo 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que es «válido el acto administrativo emitido conforme al ordenamiento jurídico». Ello, implica que todo acto administrativo debe ser emitido conforme a Derecho y dentro del marco jurídico que lo regula, sin caer en contradicciones e incongruencias que vician el referido acto.

Que, por su parte, el inciso 3 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que un vicio que causa la nulidad de pleno de derecho es el defecto o la omisión de los requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el que «debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico» regulado en el inciso 4 del artículo 3 de dicha Ley.

³² El artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que «Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda».

³³ ORLANDO SANTOFIMIO, Jaime. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 234.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.138. Que el requisito de motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación.³⁴

Que la motivación no sólo se limita a ser un requisito de la validez³⁵ sino también una garantía de la contraparte de conocer cuál es el razonamiento seguido por la administración. Por lo tanto, este razonamiento debe ser lógico, coherente y conforme a Derecho.

3.139. Que, tal como se ha señalado en el Considerando 3.135 del presente Laudo, dos de los cuatro conceptos reclamados por Odebrecht sí debieron ser concedidos por el Proyecto, por lo que la motivación de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG resulta incorrecta (en tanto contravenía disposiciones legales y contractuales) en lo relativo a dichos puntos.

Que, en efecto, la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG no puede motivarse en argumentos que en este proceso han sido desestimados.

Que al carecer de una motivación válida, la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG incurre en una causal de nulidad, de conformidad con lo establecido por el artículo 10 de la Ley del

³⁴ CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. «La nulidad del acto administrativo». En: *Manual de la Ley del Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2011, p. 163.

³⁵ El inciso 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo en General establece —como uno de los requisitos de validez del acto administrativo— que «deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Procedimiento Administrativo General; a saber: la carencia de uno de los requisitos de validez.

- 3.140. Que, en consecuencia, corresponde amparar la quinta pretensión principal de Odebrecht y declarar la nulidad de la Resolución Gerencial n.^o 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE SE TENGA POR APROBADA LA SUMA DE S/. 1'984,778.90 INCLUIDO I.G.V., DERIVADA DE LA DIFERENCIA NO OBSERVADA POR EL PROYECTO DEL SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR ODEBRECHT, Y VÁLIDA PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES, DISPONIENDO SU PAGO POR PARTE DEL PROYECTO, MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.141. Que, mediante Resolución Gerencial n.^o 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20 de septiembre 2010, el Proyecto reconoció a favor de Odebrecht únicamente un saldo diminuto de S/.262,860.47. Asimismo, el Proyecto se limita a objetar cinco rubros, los cuatro primeros correspondientes a los conceptos denegados por la Resolución Gerencial n.^o 363-2010-GRSM-PEHCBM/GG y el quinto considerado en la propia Resolución Gerencial n.^o 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG. El monto total de los rubros observados alcanza la suma de S/.40'883,214.65, que comprende los siguientes conceptos:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

- (i) Resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad, por S/. 2'276,679.17.
- (ii) Valorización de mayores gastos generales por modificación en el plazo de ejecución de la obra por situaciones no imputables al contratista, por S/. 5'801,742.25.
- (iii) Valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista, por S/. 17'633,115.29.
- (iv) Valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra por situaciones no imputables al contratista, por S/.12'926,924.90.
- (v) Valorización de los mayores metrados de obra (metrados de cierre o post construcción) incluidos en la Liquidación Final, por S/.2'244,753.06.

Monto total observado: S/. 40'883,214.65.

3.142. Que, sin embargo, la Liquidación Final presentada por Odebrecht arroja un saldo a favor del Contratista ascendente a S/. 42'867,993.55. Si a dicho monto se le descuenta el monto observado por el Proyecto (ascendente a S/.40'883,214.65), es clara una diferencia de S/. 1'984,778.90 que no ha sido materia de observación alguna por parte del Proyecto.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, por lo tanto, por aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Entidad, tal diferencia debe tenerse por aprobada para todo efecto legal.

3.143. Que, asimismo, comparando los conceptos reconocidos por la Entidad ascendentes a S/.130'053,644.44³⁶ y los conceptos reconocidos y pagados ascendentes a S/.128'068,865.57,³⁷ da una diferencia de S/.1'984,778.88. Dicha suma corresponde a los siguientes conceptos:

Obra	S/. 970,896.80
Mayores Gastos Generales	S/. 951,497.91
Factores de Compensación	S/. 56,568.00
Interés	S/. 5,816.17

Que, como se ha indicado, la observación por parte del Proyecto de la Liquidación Final presentada por Odebrecht, contenida en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, no hace atingencia alguna a estos conceptos ni observa los referidos montos, por lo que ellos han quedado aprobados por ausencia de pronunciamiento del Proyecto.

3.144. Que, sobre el particular, el artículo 259 del Reglamento regula el procedimiento de Liquidación de Obra, estableciendo la facultad de la Entidad para pronunciarse dentro de los treinta días de recibida la misma,

³⁶ Total Conceptos Reconocidos en el cuadro «LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. MONTO FINAL DEL CONTRATO», página 63 de la Memoria Descriptiva Valorizada.

³⁷ Total Conceptos Reconocidos en el cuadro «LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. MONTOS PAGADOS A CUENTA EN LAS VALORIZACIONES», página 64 de la Memoria Descriptiva Valorizada.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

sea observándola o elaborando otra (notificando al Contratista para que éste se pronuncie).

Que, asimismo, dicho artículo prescribe que la liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Esta norma es concordante con la parte final del párrafo segundo del artículo 43 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que dispone lo siguiente:

«Artículo 43.- (...) de no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales».

- 3.145. Que se pone en evidencia la flagrante ausencia de pronunciamiento respecto de la diferencia entre el saldo a favor de Odebrecht que arroja su Liquidación Final y la cuantía total de los montos observados por el Proyecto.
- 3.146. Que las observaciones a una liquidación suponen, cuando menos, evidenciar (i) defecto observable respecto de la ocasión y formalidad de su presentación; (ii) insuficiencia de contenido, de conceptos y montos; y (iii) cualquier otro aspecto que pudiera constituir defecto de la liquidación.
- 3.147. Que, así las cosas, resulta evidente que la observación del Proyecto no enumera defecto y/o deficiencia, ni tan siquiera menciona la diferencia entre el saldo de la liquidación y el monto total de sus observaciones en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, ni incluye observación u oposición del rubro comentado.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

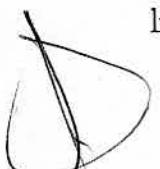
Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.148. Que, en consecuencia, ante la ausencia de pronunciamiento específico del Proyecto, la diferencia no observada de la Liquidación Final presentada por Odebrecht, debe entenderse aprobada y, en consecuencia, se debe ordenar su pago.

Posición del Proyecto

3.149. Que es falso lo manifestado por Odebrecht al señalar que no se han observado determinados conceptos de la Liquidación. También es falso que se le adeude la suma de S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V.

Que la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM/GG observa la liquidación, incluyendo los siguientes rubros:

- 
- (i) Diferencia de metrados en las partidas 5.07, 5.12, 5.13, 5.17, 5.18 y 5.30; además, se eliminan los metrados de las partidas del rubro de obras complementarias, con lo que se corrige las valorizaciones finales presentadas por Odebrecht.
 - (ii) El no reconocimiento de intereses en el pago de la valorización de obra n.º 10, correspondiente a octubre del 2009.
 - (iii) El monto pagado de mayores gastos generales por ampliaciones de plazo está considerado dentro de los cálculos del costo final de la obra, documento que se adjunta a la Resolución n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que los referidos conceptos fueron observados en la Liquidación y corresponden a los montos que ahora Odebrecht pretende aducir que no han sido observados.

3.150. Que, a diferencia del saldo calculado por Odebrecht, el Proyecto calculó un saldo a favor del Contratista ascendente a S/. 262,860.47 (incluyendo I.G.V.), el cual fue pagado el 7 de diciembre de 2010, quedando así cancelado el saldo final del Contrato.

3.151. Que, en relación al rubro «obra», se advierten diferencias en los metrados de las partidas 5.07, 5.12, 5.13, 5.18 y 5.30. Ello, habida cuenta de que el Administrador de Contratos advirtió que esas partidas complementarias y otras habían sido ejecutadas por Odebrecht sin autorización del Proyecto.

Que, por ello, a entender del Proyecto, el saldo por este rubro asciende a S/.156,585.76 (el cual ya fue cancelado), mientras que para Odebrecht el saldo asciende a S/.659,293.90.

3.152. Que, en relación al rubro «mayores gastos generales», a entender del Proyecto, el saldo por este rubro asciende a S/.-114.07, mientras que para Odebrecht el saldo asciende a S/.799,578.09 sin I.G.V.

Que dicha diferencia se produce porque, con fecha 2 de septiembre de 2010 (es decir, luego de que Odebrecht presente su Liquidación el 24 de agosto de 2010), el Proyecto deposita en la cuenta del Contratista la suma de S/.688,477.90 incluido I.G.V.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, asimismo, la diferencia entre el costo final por reconocimiento de gastos generales se presenta porque los referidos gastos correspondientes a las ampliaciones de plazo n.º 02 y n.º 03, debieron ser sustentados (acreditados) por el Contratista, lo cual no sucedió. Dicha situación consta en la Resolución Gerencial n.º 299-2010-GRSM-PEHCBM-GG.

3.153. Que, en relación al rubro de «factor de compensación», el Proyecto señala que en el pago efectuado por la Entidad por concepto de saldo de liquidación, está incluida la suma de S/.60,134.90, que es mayor a la que el Contratista pretende cobrar, ascendente a S/.47,536.13.

Que la diferencia radica en que el Proyecto realizó el cálculo con índices actualizados, lo que arrojó un monto mayor que el calculado por el propio Contratista.

3.154. Que, en relación al rubro «intereses», el Proyecto indica que no corresponde mora por la valorización de obra n.º 10 correspondiente a octubre de 2009, por no serle imputable la demora del pago, ya que la factura de esa valorización fue presentada por Odebrecht el 10 de diciembre de 2009, mediante Oficio n.º 016-2009-GAF/ODEBRECHT.

Que la factura es el documento indispensable para que el Gobierno Regional de San Martín tramite el pago ante COFIDE. El pago se efectuó en diciembre de 2009.

Que, por concepto de intereses, el Proyecto pagó la suma de S/.4,318.16 por concepto de intereses, por lo que este rubro ha quedado cancelado.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.155. Que, dentro de tal orden de ideas, esta pretensión debe ser declarada infundada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.156. Que, en primer lugar, cabe precisar que la referencia efectuada por Odebrecht al artículo 259 del Reglamento, es incorrecta, habida cuenta de que dicha norma regula el procedimiento de ampliación de plazo, y no el procedimiento de liquidación del contrato de obra. Sí es correcta la referencia al artículo 43 de la Ley.

3.157. Que, en efecto, el artículo 43 de la Ley establece lo siguiente:

«Artículo 43.- Culminación del contrato.

Los contratos destinados a la adquisición de bienes y a la contratación de servicios, culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación.» (La negrita y el subrayado son nuestros).

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que el citado artículo nos remite al Reglamento, el cual fijará los plazos para el procedimiento de liquidación del contrato de obra y su aprobación, a efectos de cerrar el expediente de contratación.

Que, por lo tanto, corresponde remitirnos y aplicar *mutatis mutandis* la norma correcta en virtud del principio *iura novit curia*, el mismo que ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, precepto que establece lo siguiente:

«Artículo VII.- El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes».

Que, sobre el particular, Ledesma³⁸ señala lo siguiente:

«Constituye un verdadero deber para el juez por su carácter de órgano técnico encargado de aplicar rectamente el derecho; por ello debe suprir la ignorancia normativa, o en su caso, subsanar el yerro cometido al fundar normativamente sus pretensiones y defensa».

3.158. Que, por otro lado, cabe precisar que el Tribunal Arbitral centrará su análisis en determinar si (i) existieron conceptos de la Liquidación elaborada por la Contratista que no fueron observados por el Proyecto; y (ii) si, de ser el caso, corresponde ordenar el pago por dichos conceptos al haber quedado consentidos.

³⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008. p. 46.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.159. Que, sobre el tema de la liquidación, el artículo 269 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

(...)

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

(...)». (El subrayado es nuestro.)

3.160. Que, en el presente caso, el Proyecto sí observó —dentro del plazo establecido por el citado artículo 269 del Reglamento— la Liquidación Final presentada por Odebrecht.

Que, sin embargo, el Contratista afirma que existen cuatro (4) rubros que no habrían sido cuestionados por la Entidad y, en consecuencia, dichos conceptos habrían quedado consentidos.

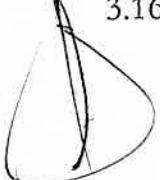
Que, sobre el particular, el Tribunal Arbitral debe precisar que el citado artículo 269 establece que la liquidación quedará consentida cuando no es observada. Como se aprecia, la norma habla de la liquidación como un

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

todo y no establece que si algún punto de la liquidación no es observado, se deberá tener por consentido.

Que dicha distinción es de suma importancia, habida cuenta de que las partes han señalado expresamente que la Liquidación presentada por Odebrecht sí fue observada por la Entidad.

Que, en tal sentido, no podría aplicarse la consecuencia³⁹ establecida por el referido artículo, en tanto no se ha presentado el supuesto de hecho.

- 
- 3.161. Que la observación a la Liquidación presentada por Odebrecht se aprecia del simple hecho de que, a entender del Contratista existe un saldo a su favor ascendente a S/. 42'867,993.55, mientras que para la Entidad si bien sí existe un saldo a favor del Contratista, el mismo ascendería únicamente a S/.262,860.47 (monto que ya fue cancelado).
 - 3.162. Que, obviamente, las observaciones a la Liquidación de una obra de la magnitud de la del presente arbitraje, no pueden ser detalladas de manera pormenorizada en la Resolución que emite la Entidad.

Que, por ello, mediante Carta n.º 256-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20 de septiembre de 2010, el Proyecto señala lo siguiente:

«Mediante la presente, remito a ustedes, la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20.09.2010, adjuntando dos anillados, referentes a la liquidación del contrato de obra (...), que se explica por sí misma». (El subrayado es nuestro).

³⁹ El tener por consentida la liquidación

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.163. Que, sin perjuicio de lo anterior, debemos analizar cada uno de los rubros que supuestamente no fueron observados.

3.164. Que Odebrecht pretende que se reconozca por «Obra» la suma de S/.970,896.80. Dicho monto según el cuadro «Determinación del Saldo Final del Contrato» presentado por Odebrecht, es el resultado de:

- (i) El recálculo de todas las partidas ejecutadas tanto en el Contrato Principal como en los Adicionales (S/.107'507,889.46).
- (ii) Menos lo pagado por la Entidad durante la ejecución de la obra (S/.106'692,009.80).
- (iii) Más el I.G.V.
- (iv) Lo que da un total de S/.970,896.80.

Que, de la simple revisión de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, se aprecia que el Proyecto cuestionó dicho rubro, remitiéndose a lo señalado en el Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, elaborado por el Administrador del Contrato.

Que la Entidad centra su observación en algunas de las partidas que forman parte del recálculo efectuado por Odebrecht (a saber: partidas 5.07, 5.12, 5.13, 5.18 y 5.30), las cuales —según el Proyecto— fueron ejecutadas sin su autorización.

Que, en efecto, en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, se señala lo siguiente:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

«Que, mediante Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, el administrador del contrato, señala que la supervisión está corrigiendo los metrados realmente ejecutados, presentados por el contratista, en las partidas:

- 5.07 Concreto F'c = 100 kg/cm²
- 5.12 Tubería corrugada de acero galvanizado circular de 1.52 m. diámetro.
- 5.13 TMC de 1.83 m. de diámetro.
- 5.17 Tubería PVC pesada con perforación diámetro 6"
- 5.18 Tubería de drenaje diámetro 2" PVC.
- 5.30 Excavación de zanja de coronación.

(...)».

Que, dentro de tal orden de ideas, ha quedado acreditado que el Proyecto sí cuestionó (observó) el concepto de «Obras», por lo que no corresponde amparar este extremo de la Décima Pretensión Principal.

3.165. Que Odebrecht pretende que se reconozca por «Mayores gastos generales» la suma de S/. 951,497.91. Dicho monto, según el cuadro «Determinación del Saldo Final del Contrato» presentado por Odebrecht, es el resultado de:

- (i) El recálculo de los mayores gastos generales correspondientes a todas las ampliaciones de plazo concedidas (S/. 1'728,463.73).
- (ii) Menos lo pagado por la Entidad durante la ejecución de la obra (S/. 928,885.64).
- (iii) Más el I.G.V.
- (iv) Lo que da un total de S/. 951,497.91.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sobre el particular, la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG no se pronuncia.

Que, en efecto, en la referida Resolución Gerencial la Entidad únicamente se hace referencia a los mayores gastos generales relativos a la Ampliación de Plazo n.º 21, indicando lo siguiente:

« - Mayores Gastos Generales por ampliación de plazo n.º 21.

Pues al respecto es de precisarse que la citada solicitud de ampliación de plazo fue declarada improcedente mediante R.G n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, resolutivo que notificado ha quedado firme, no procediendo revisión alguna; y habiéndose eliminado el rubro de Obras complementarias por carecer de aprobación por parte de la entidad; el administrador del contrato señala que no corresponde reconocimiento alguno en el rubro denominado por el contratista como conceptos a reconocer». (El subrayado es nuestro).

Que, sin embargo, de la revisión del Anexo 4.7. de la Liquidación presentada por Odebrecht, se aprecia que los mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo n.º 21 no han sido incluidos en la suma de S/. 951,497.91.⁴⁰

Que, en tal sentido, en estricto, no existe observación a dicho rubro y monto reclamado por Odebrecht.

⁴⁰ En efecto, ahí no figuran los Mayores Gastos Generales de la Ampliación de Plazo n.º 01, 09, 17 y 21.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin perjuicio de lo anterior, el Proyecto señala que con fecha 2 de septiembre de 2010 habría efectuado un pago ascendente a S/.688,477.90.

Que, como se aprecia del Anexo 1-S de la Contestación de Demanda, con fecha 2 de septiembre de 2010, se efectuaron tres abonos a la cuenta de Odebrecht, cuya suma da un total de S/.688,477.90.⁴¹

Que, asimismo, si a S/. 951,497.91 le restamos S/.688,477.90, tenemos un saldo de S/.263,020.01, monto que no ha sido cancelado ni ha sido observado en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Que las «observaciones» que desarrolló el Proyecto recién en su escrito de contestación de demanda (relativas a una supuesta falta de acreditación por parte del Contratista de los mayores gastos generales de las Ampliaciones de Plazo n.º 02 y n.º 03) debieron formar parte de las observaciones contenidas en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde amparar este extremo de la Décima Pretensión Principal de Odebrecht, ordenando el pago de S/.263,020.01 más los intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.⁴²

⁴¹ S/.62,054.83, S/.224,763.99 y S/.401,659.08. Cabe señalar que Odebrecht nunca ha negado haber recibido dichos abonos.

⁴² En torno a la tasa a aplicar para el cálculo de los intereses, el Tribunal Arbitral se remite al análisis efectuado en los Considerandos 3.51 a 3.53 del presente Laudo.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.166. Que Odebrecht pretende que se reconozca por «Factores de compensación» la suma de S/. 56,568.00. Dicho monto, según el cuadro «Determinación del Saldo Final del Contrato» presentado por Odebrecht, es el resultado de:

- (i) El recálculo de los factores de compensación vacacional y por tiempo de servicios (S/.47,536.13).
- (ii) Más el I.G.V.
- (iii) Lo que da un total de S/. 56,568.00.


Que si bien en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG no se cuestiona dicho rubro, la Entidad ha señalado que al haber empleado un índice actualizado, el monto por este concepto ascendía a S/.60,134.90 (monto que es superior al reclamado por el propio Contratista).

Que, asimismo, el Proyecto indica que los S/.60,134.90 fueron cancelados con fecha 7 de diciembre de 2010, cuando se efectuó el pago de los S/.262,860.47 (monto que Odebrecht ha reconocido haber recibido).

Que Odebrecht no ha acreditado que dentro de los S/.262,860.47 ya cancelados se encuentren los S/.60,134.90 por concepto de «factor de compensación». En consecuencia, corresponde desestimar este extremo de la Décima Pretensión Principal.

3.167. Que Odebrecht pretende que se reconozca por «intereses» la suma de S/.5,816.17. Dicho monto según el cuadro «Determinación del Saldo Final del Contrato» presentado por Odebrecht, es el resultado de:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (i) El recálculo de los intereses por mora en el pago de las valorizaciones (S/.4,887.54).
- (ii) Más el I.G.V.
- (iii) Lo que da un total de S/.5,816.17.

Que, con respecto a este rubro, se puede apreciar que en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG el referido monto ha sido cuestionado por la Entidad. En efecto, en dicha Resolución se señala lo siguiente:


«(...) asimismo el Administrador del Contrato considera que no corresponde reconocer intereses por mora en el pago de la Valorización n.º 10 correspondiente a octubre de 2009, debido a que el retraso del pago en este caso, ocurrió porque la empresa contratista presentó extemporáneamente su factura (...).»

Que, de la revisión del Expediente, incluso se aprecia que la Factura n.º 036-0000099 (correspondiente a la valorización n.º 10) fue emitida recién por Odebrecht el 10 de diciembre de 2009.

Que, independientemente de la fecha en que fue presentada la referida factura, ha quedado acreditado que el Proyecto sí observó el rubro «intereses», por lo que no se puede declarar consentido.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar también este extremo de la Décima Pretensión Principal de Odebrecht.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER LA EXISTENCIA DE DAÑOS EN PERJUICIOS DE ODEBRECHT, PRODUCTO DE LA DIFERENCIA NO OBSERVADA DEL SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR ODEBRECHT, Y VÁLIDA PARA TODOS SUS EFECTOS LEGALES, Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLA, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE S/. 1'984,778.90 INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.168. Que en el improbable y negado caso de que el Tribunal considere que no puede ordenar pagar al Proyecto la cantidad reclamada por concepto de la diferencia no observada por la Liquidación Final de Obra presentada por Odebrecht, deberá tener en consideración que el Contratista ha sufrido un evidente perjuicio, consistente en la frustración del justo pago que hubiéramos recibido.

Que la pretensión se orienta a que se reconozca y pague la suma indicada por concepto de indemnización.

3.169. Que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o aquélla que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que se han acreditado los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad; a saber:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- que exista un contrato válidamente celebrado y eficaz: contrato que efectivamente existe;
- que se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
- que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y
- que se configuren los factores de atribución subjetivos y objetivos.

3.170. Que, en el presente caso, se ha documentado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad, al no reconocer y pagar la diferencia no observada del saldo de Liquidación Final de Obra, presentada por Odebrecht, monto ascendente a S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V.

Posición del Proyecto

3.171. Que, para que se configure la responsabilidad contractual se debe contar con los presupuestos siguientes: (i) el daño, (ii) la imputabilidad, (iii) la ilicitud o antijuridicidad, (iv) el factor de atribución y (v) el nexo causal. Los anteriores son elementos que Odebrecht no ha acreditado fehacientemente, por lo que no cabría posibilidad alguna de responsabilidad contractual.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.172. Que, en todo momento, el Proyecto actuó amparado en el Derecho.

Asimismo, Odebrecht no ha logrado sustentar los perjuicios generados por la supuesta diferencia no observada del saldo de Liquidación Final de Obra, para que se registre la situación dañosa que alega. En ese mismo sentido, tampoco acreditó la supuesta falta de diligencia debida con la que actuó la Entidad y que sería motivo de responsabilidad.

Posición del Tribunal Arbitral

3.173. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.159 a 3.167. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema los rubros que no habrían sido observados por el Proyecto, ordenando al Proyecto que pague a favor de Odebrecht la suma de S/.263,020.01 más intereses.

Que, dentro de tal orden de ideas, carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la primera pretensión subordinada a la décima pretensión principal.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

FAVOR DEL PROYECTO, DERIVADO DE LA DIFERENCIA NO OBSERVADA DEL SALDO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR ODEBRECHT, Y VÁLIDA PARA TODOS SUS EFECTOS LEGALES, Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO, ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE S/. 1'984,778.90 INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.174. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal desestime la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal, el Colegiado debe tener en cuenta que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada. Ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.

3.175. Que el Proyecto se ha negado a reconocer y pagar la diferencia no observada del saldo de la Liquidación Final de la Obra, presentado por Odebrech. Por lo tanto, no ha pagado el valor total de la obra ejecutada por los costos incurridos para su ejecución. En consecuencia, el monto a pagar asciende a S/. 1'984,778.90 incluido I.G.V.

3.176. Que el Proyecto se ha enriquecido con obras pagadas por debajo de su valor. Es decir, se ha enriquecido a expensas de un mayor costo necesario para la ejecución de la obra contratada. Por lo tanto, no existe causa que justifique este enriquecimiento. Lo que representa una situación de injusticia que debe resarcirse.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.177. Que, finalmente, esta pretensión tiene carácter residual, en la medida de que no existe ninguna otra acción legal que le permita obtener el resarcimiento solicitado. En consecuencia, esta pretensión subordinada cobrará vigencia en tanto se desestime la décima pretensión principal y su primera subordinada.

Posición del Proyecto

3.178. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- ii) El enriquecimiento del demandado: debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- iii) El daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- iv) La correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- v) La ausencia de justa causa.
- vi) La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

3.179. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.180. Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955 del Código), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.181. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.159 a 3.167. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema los rubros que no habrían sido observados por el

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Proyecto, ordenando al Proyecto que pague a favor de Odebrecht la suma de S/.263,020.01 más intereses.

Que, dentro de tal orden de ideas, carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la segunda pretensión subordinada a la décima pretensión principal.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N.º 399-2010-GRSM-PECHBM/GS, DE FECHA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2010, QUE OBSERVA LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR ODEBRECHT⁴³

Posición de Odebrecht

3.182. Que, durante el curso de la ejecución de la obra, se presentaron circunstancias que modificaron la programación y las condiciones de ejecución inicialmente pactadas en el Contrato, las mismas que acontecieron por razones ajenas a la voluntad de Odebrecht, en razón de de lo cual se solicitó el otorgamiento de plazos adicionales, mayores gastos generales y costos asumidos para la conclusión de la obra, lo que —como es razonablemente comprensible— devino en un mayor valor de la obra entregada.

⁴³ Que, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del Considerando 3 del presente Laudo, habiendo resuelto las controversias planteadas en la quinta, sexta, séptima y décima pretensiones principales (y sus subordinadas), corresponde analizar la primera y segunda pretensiones principales. Ello, habida cuenta de que aquellas pretensiones versan sobre conceptos de la liquidación final de la obra presentada por Odebrecht, la cual será objeto de análisis en la primera y segunda pretensiones principales (y su subordinada).

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que si bien la Entidad concedió algunas de las ampliaciones de plazos solicitadas y reconoció adicionales de obra, también denegó algunos otros conceptos. Tales denegatorias —nunca consentidas por Odebrecht— generaron la controversia sobre la liquidación final de la obra presentada por la demandante, la misma que incluye los montos correspondientes a los conceptos denegados; reclamo de índole patrimonial que importa un elemental sentido de justicia contractual.

- 3.183. Que el artículo 259 del Reglamento establece el procedimiento de liquidación de obra y complementa lo señalado en el Contrato. De esta manera, regula la facultad de la Entidad para pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la liquidación del contratista, ya sea observándola o, de considerarlo pertinente, elaborando otra liquidación, notificando al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. Del mismo modo, establece que la liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Esta norma reglamentaria es concordante con el mandato expreso de la parte final del segundo párrafo del artículo 43 de la Ley, que dispone que «(...) de no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales». (El subrayado y la negrita son del demandante).
- 3.184. Que, dentro del plazo establecido por el citado artículo, el Contratista presentó a la Entidad la Liquidación Final con un saldo a favor de Odebrecht de S/.42'867,993.55, incluido el IGV.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

Que, con fecha 21 de septiembre de 2010, el Proyecto notificó su pronunciamiento, mediante Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20 de septiembre de 2010, observando la liquidación presentada por Odebrecht, reconociéndole un saldo ascendente a S/. 262,860.47 y ordenando a su administración realizar los trámites pertinentes para el pago correspondiente.

Que, sin embargo, este acto administrativo es inválido por carecer de la debida motivación, contener errores, sustentarse en escasa documentación y no incluir sustentación, conforme Odebrecht lo observó con Carta n.º 16-2010/SISA-PÉHCBM.

Que, asimismo, los Informes en los que pretende respaldarse la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PECHBM/GS carecen de sustento.

3.185. Que, dentro de tal orden de ideas, la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG está viciada de nulidad de pleno derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al carecer de los requisitos de validez establecidos en el numeral 4 del artículo 3 de la referida norma.

Que, ello, habida cuenta de que el artículo 43 de la Ley establece que el pronunciamiento de la Entidad respecto de la liquidación presentada por el Contratista deberá estar debidamente fundamentado, lo que en el presente caso no ha cumplido la Entidad.

3.186. Que la pretensión de nulidad e ineeficacia de la referida Resolución Gerencial tiene origen y sustento en los vicios de nulidad advertidos en el

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

análisis de la misma, así como en los documentos que ésta menciona como elementos de sustento.

Que, en efecto, dicha resolución está integrada por quince Considerandos; sin embargo, en los diez primeros⁴⁴ no se aprecian conceptos valorativos sobre la liquidación del contratista. Y, en los dos últimos, se refleja sin sustento técnico ni legal expreso la posición del Proyecto respecto de los rubros denegados.

3.187. Que en el Décimo Primer Considerando se indica que mediante Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, el Administrador de Contratos coincide con el Supervisor, respecto de la corrección efectuada por éste, respecto de los metrados ejecutados por Odebrecht en determinadas partidas. Cuestión, si bien de orden técnico, equívoca por cuanto la apreciación del Supervisor no guarda relación con los metrados realmente ejecutados por Odebrecht y reflejados en la Liquidación. Además, el Proyecto, respecto a ese específico tema, acepta llanamente sin análisis previo lo informado por el Supervisor, lo que contraviene lo dispuesto por el artículo 3.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en torno a la motivación.

Que el Décimo Segundo Considerando refleja una seria contradicción entre el Proyecto y el Supervisor, pues este último considera el

⁴⁴ Que los seis primeros Considerandos se refieren a (i) los antecedentes y marco legal del Contrato, (ii) la aprobación de los presupuestos adicionales y deductivos, (iii) las ampliaciones de plazo por un total de 119 días calendario, y (iv) la recepción de la obra. Los Considerandos Séptimo y Octavo se refieren a la solicitud de Odebrecht para el reconocimiento de diversos conceptos y su denegatoria por Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG. Los Considerandos Noveno y Décimo se refieren a la presentación de la liquidación por Odebrecht y, más breve aún, la emisión de la opinión de la Supervisión alcanzada mediante Carta n.º 270-2010/HOB-S/JS.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

reconocimiento del rubro de obras complementarias planteado por Odebrecht, criterio de orden técnico relevante que, sin embargo, se desestima (el reconocimiento económico) por carecer «de aprobación por parte de la entidad». En este caso, sin análisis técnico previo, se desestima lo opinado por el Supervisor y, de igual forma, sin sustento se ampara el criterio del Administrador del Contrato, quien niega reconocimiento de intereses por mora en el pago de la Valorización n.º 10 correspondiente al mes de octubre del 2009, debido a que «la empresa contratista presentó extemporáneamente su factura».

Que, como se puede apreciar, existe una conducta ambivalente del Proyecto frente a las opiniones de la Supervisión. En efecto, el Proyecto ampara las opiniones de la Supervisión a pesar de que carecen de sustento técnico, siempre que importen denegar reconocimiento a Odebrecht; y, contradictoriamente, desestima las opiniones sustentadas que recomiendan reconocer determinados conceptos. Esta falta de coherencia en la conducta del Proyecto importa un defecto adicional del pronunciamiento contenido en la resolución referida.

Que el Décimo Tercer Considerando reitera la negativa del Proyecto a reconocer los Mayores Gastos denegados con la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG y con Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, las mismas que, según el Proyecto, habrían quedado firmes. Asimismo, se desestima los metrados de cierre post construcción por «carecer de aprobación».

Que el Décimo Cuarto Considerando se refiere a las correcciones efectuadas por el Administrador del Contrato al informe de la Supervisión,

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

reiterando que no corresponde reconocer el denominado rubro «conceptos a reconocer» de la liquidación de Odebrecht y establece «que la liquidación del contrato, con las observaciones ya citadas, arroja un saldo de Doscientos sesenta y dos mil ochocientos sesenta y 47/100 nuevos soles, a favor del contratista», texto que refleja la falta de coherencia ya comentada.

Que, finalmente, el Décimo Quinto Considerando hace una breve referencia a la opinión del Director de Obras, contenida en el Informe n.º 306-2010-GRSM-PEHCBM/DO, quien manifiesta compartir, sin exponer razones, los criterios del Administrador del Contrato. Resulta evidente que el contenido de este considerando carece de sustento y no aporta elemento valorativo alguno a efectos de la observación de la Liquidación.

3.188. Que, como resultado del análisis crítico del texto de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, específicamente de sus Considerandos, no es posible apreciar las razones de sustento de la observación de la Entidad a la Liquidación. Es decir, no es posible advertir criterio valorativo que sustente tal observación, transgrediendo el artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que precisa que la motivación debe ser expresa, mediante la relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, acotando además la norma que la motivación puede sustentarse en conclusiones anteriores, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyen parte integrante constitutiva del acto.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.189. Que, asimismo, cabe precisar que el Informe n.º 306-2010-GRSM-PEHCBM/D.O, de fecha 17 de septiembre del 2010, de la Dirección de Obras del Proyecto, no aporta sustento a la observación de la liquidación.

Que el referido Informe es otro de los documentos aludidos en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, el mismo que no fue notificado a Odebrecht con la resolución cuestionada, situación que atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa.

Que del contenido de dicho informe sólo se conoce lo consignado en el Décimo Quinto Considerando de la Resolución Gerencial. Como es de verse del contenido parcial que se permitió conocer a Odebrecht, no es posible encontrar sustento ni aporte de elemento valorativo alguno a la observación de la Liquidación, situación que contraviene el artículo 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que deviene en nula y sin efecto legal.

3.190. Que el Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, del Administrador del Contrato, tampoco aporta sustento a la observación de la liquidación presentada por Odebrecht. En efecto, es un mero documento de trámite con un contenido sin elementos valorativos propios (ni técnicos ni legales) y una reiteración de afirmaciones basadas en las decisiones previas de la administración.

Que de una evaluación crítica y objetiva de dicho Informe, se aprecia que el Administrador del Contrato hace una corrección, en gabinete, de los metrados reales ejecutados en obra con aceptación de la Supervisión, y

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

decide omitir aquellos cuya ejecución no niega, pero les asigna la categoría de «no autorizados» por la Entidad.

3.191. Que el Informe n.º 020-2010/HOB-0808-S/EMCV elaborado por la Supervisión no aporta elementos de sustento de importancia a la observación de la Entidad.

Que en el referido Informe se establece un saldo a favor de Odebrecht de S/.728,716.80 incluido el I.G.V.

3.192. Que, asimismo, la observación de la Entidad contenida en la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG adolece de un defecto de orden técnico insalvable, relativo a su inconsistencia con la Memoria Descriptiva Valorizada, documento de obligatoria presentación, acompañada con la Liquidación Final de la Obra, que condensa todos los eventos relevantes en el curso de la obra y documentados en las anotaciones del Cuaderno de Obra, los Informes del Supervisor y demás. De los hechos relativos a la ejecución de la obra recogidos en la Memoria Descriptiva Valorizada nacen los cálculos de la liquidación, por lo que no es posible observar la liquidación si previamente no se ha observado la Memoria Descriptiva Valorizada, como tampoco es posible que prevalezca la Liquidación si es observada la Memoria Descriptiva Valorizada.

Que, en el presente caso, el Proyecto no la ha observado, lo que, conforme al procedimiento de liquidación de obras públicas, significa haberla aceptado, de donde la observación de la liquidación e, incluso, la elaboración de la propia liquidación es inviable técnicamente, si no se ajustan a lo consignado en la citada Memoria Descriptiva Valorizada.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.193. Que, en ese orden de ideas, establecida la exigencia legal de la motivación —para la validez y eficacia de la observación del Proyecto— como acto resolutivo, resulta evidente que si la observación pretendía evidenciar los defectos o deficiencias de la liquidación en cuanto a su forma y/o fondo, lo claro es que no enuncia tales defectos y/o deficiencias, ni hace una exposición de las razones que sustentan la observación, como tampoco se hace la anotación de la sustentación legal, técnica y/o fáctica del caso.

3.194. Que, como conclusión, es obvio que el pronunciamiento del Proyecto fue comunicado a Odebrecht dentro del plazo correspondiente; sin embargo, el documento en cuestión no incluye una observación u oposición detallada de cada uno de los puntos o rubros que componen la Liquidación Final elaborada por Odebrecht.

 Que se ha vulnerado el derecho de defensa de Odebrecht, en tanto que, sin tomar conocimiento de la motivación de la observación por inexistente o escasa, el ejercicio de tal derecho afronta obvias limitaciones.

Que, en consecuencia, la resolución impugnada contiene defectos de nulidad insalvable, por lo que debe declararse formalmente nula e ineficaz.

Posición del Proyecto

3.195. Que la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG cuenta con la suficiente motivación, expresándose en ella de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.196. Que, asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 6.2, señala lo siguiente:

«Artículo 6.- Motivación del acto administrativo.

(...) 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».

Que lo anterior permite una motivación *in aliunde o contextual*, por no ser contraria a Derecho, mientras se identifique los fundamentos de modo certero y que constituyan parte integrante del acto; requisitos que el Proyecto cumplió a cabalidad en la resolución cuestionada.

3.197. Que Odebrecht hizo llegar al Proyecto un pedido de reconocimiento de mayores gastos, por los siguientes conceptos:

- (i) Resarcimiento de daños y perjuicios por la demora de la entrada en vigencia del plazo contractual, por causas imputables al Proyecto, por una suma de S/. 1'841,362.63.
- (ii) Valorización de mayores gastos generales por modificación del plazo de ejecución de la obra, por situaciones no imputables a Odebrecht; por una suma de S/.2'037,182.33.
- (iii) Valorización de mayor permanencia de recursos en la zona de obra por situaciones no imputables a Odebrecht, por una suma de S/.13'256,641.80.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (iv) Valorización de mayor necesidad de recursos y su permanencia en la zona de obra, por situaciones no imputables a Odebrecht; por un importe de S/. 9'718,510.32.

Que la señalada solicitud fue denegada mediante Resolución Gerencial n.^º 263-2010-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010, acto administrativo que no fue objetado legal ni formalmente, por lo que quedó consentido por el Contratista.

3.198. Que, por otro lado, Odebrecht pretende sostener que no es posible observar la Liquidación si previamente no se ha observado la Memoria Descriptiva Valorizada. Ello implica desconocer lo dispuesto, en forma taxativa, por el artículo 269 del Reglamento, en donde no se hace alusión a la Memoria Descriptiva Valorizada. Dicho documento es uno informativo y se le denomina «valorizado», pues incluye el costo de la obra que considera su autor y que deviene del resultado que arroja la liquidación de quien la practicó.

Que, en ese sentido, el artículo 271 del Reglamento establece que con la Liquidación, el Contratista entregará a la Entidad la minuta de Declaratoria de Fábrica o Memoria Descriptiva Valorizada, según sea el caso, dándole equivalencia a ambos documentos.

3.199. Que, sobre el particular, la Opinión n.^º 042-2006/GNP establece lo siguiente:

«En este contexto, las observaciones que puede plantear una Entidad a la liquidación del contrato de obra, básicamente deben versar sobre su inconformidad con el contenido de dicha

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

liquidación, es decir, sobre los aspectos económicos consignados por el contratista en el documento. Así, por ejemplo, podría observarse que en el documento no se hayan considerado las penalidades por mora deducidas por la Entidad, o que se hayan valorizado metrados no contratados o no ejecutados, o que se pretendan cobrar conceptos ya pagados o gastos generales por ampliaciones no aprobadas, entre otros supuestos.

No obstante, cabe precisar que si la Entidad formulara observaciones a la liquidación presentada por el contratista, en el plazo estipulado en el Reglamento, aun cuando éstas versaran sobre aspectos de forma, corresponderá que este último realice los descargos correspondientes, no pudiendo entenderse consentida la liquidación».

Que, como se puede apreciar, en opinión vinculante del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuyas resoluciones y pronunciamientos en las materias de su competencia son de cumplimiento obligatorio, bastaría una observación de forma para que la liquidación no pueda tenerse por consentida. En tal sentido, ha quedado ampliamente sustentada la observación hecha por el Proyecto a la Liquidación presentada por Odebrecht.

3.200. Que, en consecuencia, corresponde que el Tribunal declare infundada esta pretensión.

Posición del Tribunal Arbitral

3.201. Que, en relación al fondo de la pretensión, cabe precisar que este Colegiado centrará su análisis en determinar si existió o no falta de motivación en la Resolución Gerencial n.º 339-2010-GRSM-PEHCBM/GG, en la medida de que dicha supuesta carencia de

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

motivación es el único argumento de Odebrecht para demandar su nulidad e ineeficacia.

3.202. Que en dicha Resolución Gerencial se hizo referencia a los siguientes documentos:

- (i) Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM, que denegó los conceptos solicitados por Odebrecht mediante Carta n.º 07-2010/SISA-PEHCBM.
- (ii) Carta n.º 13-2010/SISA-PEHCBM, a través de la cual el Contratista presenta su Liquidación de Obra.
- (iii) Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, a través de la cual se declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21.
- (iv) Informe n.º 306-2010-GRSM-PEHCBM/GG, a través del cual el Director de Obras del Proyecto coincide con el Administrador del Contrato al reconocer a favor de Odebrecht únicamente la suma de S/.262,860.47.
- (v) Informe n.º 020-2010/HOB-0808-S/EMCV, presentado por la Supervisión mediante Carta n.º 270-2010/ HOB-S/JS.
- (vi) Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG, elaborado por el Administrador del Contrato, con relación al saldo restante a favor del Contratista.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.203. Que, de la exhibición realizada por el Proyecto, se puede apreciar que el Informe n.º 157-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG hace un recuento de los hechos que suscitaron las solicitudes de reconocimiento de mayores montos, tal como se observa del apartado 3 «Análisis», en donde se señala lo siguiente:

«3. ANÁLISIS

(...)

3.1.2. En la revisión se ha podido observar que la contratista separa la liquidación del contrato en dos rubros, siendo el primero LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO POR CONCEPTOS RECONOCIDOS, que son contractuales aprobados oficialmente por la Entidad, lo que fue revisado y recalculado. El segundo rubro lo (sic) correspondiente a LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO POR CONCEPTOS A RECONOCER, de la revisión se puede mencionar lo siguiente:

01. RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA DEMORA EN (SIC) LA ENTIDAD EN VIGENCIA DEL PLAZO CONTRACTUAL POR CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD S/.2'276,679.17.

RESPUESTA:

ESTE CONCEPTO YA FUE RESUELTO POR LA ENTIDAD, emitiéndose una Resolución de Gerencia n.º 263-2010-GRSM-PEHCB/GG, de fecha 12 de julio de 2010, denegando dicho reconocimiento de pago solicitado, lo que se comunicó a la contratista con Carta n.º 188-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 15 de julio de 2010.

02. MAYOR PERMANENCIA DE RECURSOS EN LA ZONA DE OBRA POR SITUACIONES NO

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

IMPUTABLES AL CONTRATISTA.
S/.17'683,115.29.

RESPUESTA:

ESTE CONCEPTO YA FUE RESUELTO POR LA ENTIDAD, emitiéndose una Resolución de Gerencia n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010, denegando dicho reconocimiento de pago solicitado, lo que se comunicó a la contratista con Carta n.º 188-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 15 de julio de 2010.

03. MAYOR NECESIDAD DE RECURSOS Y SU PERMANENCIA EN LA ZONA DE OBRA POR SITUACIONES NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA. S/.12'926,924.90

RESPUESTA:

ESTE CONCEPTO YA FUE RESUELTO POR LA ENTIDAD, emitiéndose una Resolución de Gerencia n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010, denegando dicho reconocimiento de pago solicitado, lo que se comunicó a la contratista con Carta n.º 188-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 15 de julio de 2010.

04. MÁYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO N.º 21. S/.5'801,742.26

RESPUESTA:

La ampliación de plazo n.º 21 solicitado (sic) por el contratista fue denegado (sic) por la Entidad con Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG de fecha 12 de abril de 2010 y comunicado a la Contratista con Carta n.º 093-2010-GRSM-PEHCBM, de fecha 12 de abril de 2010, como consecuencia de la misma no procede reconocimiento de mayores gastos generales.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

05. MONTO POR METRADOS DE OBRA
EJECUTADOS POR INDICACIONES DE LA
ENTIDAD. S/.2'244,753.06

RESPUESTA:

Al respecto no existen documentos oficiales con lo (sic) que la Entidad haya autorizado la ejecución de los metrados indicados, puesto que para la aprobación y ejecución de un adicional de obra se debe tener la aprobación de la Entidad mediante resolución, lo que no fue el caso. Por lo que se deniega el reconocimiento de pago por este concepto.

(...»). (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, dicho Informe se sustenta en las Resoluciones Gerenciales n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG y n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, que han sido materia de este arbitraje y que han sido declaradas nulas e ineficaces.

Que, en efecto, debemos recordar que la Tercera Pretensión Principal⁴⁵ de Odebrecht ha sido declarada fundada mediante Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012 y que la Quinta Pretensión Principal⁴⁶ ha sido desestimada, tal como se desprende de los Considerandos 3.133 a 3.140 del presente Laudo Definitivo.

3.204. Que, por otro lado, la Resolución Gerencial n.º 339-2010-GRSM-PEHCBM/GG no especifica el motivo por el cual se aparta de la opinión de la Supervisión y acoge únicamente lo dispuesto por el Administrador del Contrato.

⁴⁵ Relativa a la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

⁴⁶ Relativa a la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en efecto, en dicha Resolución Gerencial se señala lo siguiente:

«Que, en consecuencia el administrador del contrato ha efectuado las correcciones al documento presentado por el supervisor y siendo que no corresponde ningún reconocimiento en el rubro de Conceptos a Reconocer, (...) ha establecido que la liquidación del contrato, con las observaciones ya citadas, arroja un saldo de doscientos sesenta y dos mil ochocientos sesenta y 47/100 nuevos soles a favor del contratista, tal como se sustenta en el anexo formulado por el administrador del contrato (...».

3.205. Que, sobre el particular, se debe reiterar que en el ámbito de la contratación pública, todo acto administrativo debe ser congruente con lo dispuesto por la Ley de la materia y por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Que, en tal sentido, a efectos de su validez, la Resolución Gerencial n.^º 339-2010-GRSM-PEHCBM/GG debe cumplir con lo dispuesto por ambas normas, para que la presunción de validez no se vea afectada por un supuesto de anulabilidad o nulidad que la invalide.

Que ello, habida cuenta de que toda Resolución Gerencial debe ser emitida conforme a Derecho y dentro del marco jurídico que la regula, sin caer en contradicciones e incongruencias que vician el referido acto.

Que, en tal sentido, un vicio que causaría la nulidad de pleno de derecho de una Resolución Gerencial sería el defecto o la omisión de los requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el que «debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

jurídico» regulado en el inciso 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.206. Que, como sabemos, el requisito de motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación.

Que la motivación no sólo se limita a ser un requisito de la validez, sino también una garantía de la contraparte de conocer cuál es el razonamiento seguido por la administración. Por lo tanto, este razonamiento debe ser lógico, coherente y conforme a Derecho.

3.207. Que, como hemos visto, la Resolución Gerencial 339-2010-GRSM-PEHCBM/GG se sustentó en solicitudes de Odebrecht denegadas inicialmente por el Proyecto, pero que en el presente arbitraje han sido concedidas, por lo que no constituyen sustento válido para motivar la resolución cuestionada.

Que, en efecto, en este arbitraje se ha concedido a Odebrecht lo siguiente:

- (i) Declarar la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de abril de 2010, a través de la cual la Entidad denegó la Ampliación de Plazo n.º 21.
- (ii) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 5'801,742.25 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de mayores gastos generales.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (iii) Declarar la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010, a través de la cual la Entidad denegó todos los conceptos solicitados por Odebrecht mediante Carta n.º 08-2010-SISA-PEHCBM.
- (iv) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 17'633,115.29 (incluido I.G.V.) más intereses, por concepto de «mayor permanencia» de equipo movilizado en obra por causas no imputables al Contratista.
- (v) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 2'224,753.06 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de metrados de obra ejecutados por indicaciones de la Entidad.

Que, dentro de tal orden de ideas, al carecer de una motivación válida, dicha Resolución Gerencial incurre en una causal de nulidad, de conformidad con lo establecido por el numeral 2 artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; a saber: la carencia de uno de los requisitos de validez.

3.208. Que, en consecuencia, corresponde amparar la primera pretensión principal de Odebrecht y declarar la nulidad de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE SE TENGA POR APROBADA LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR ODEBRECHT EL 23 DE AGOSTO DE 2010 Y VÁLIDA PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES, DISPONIENDO EL PAGO

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

POR PARTE DEL PROYECTO DEL SALDO RESULTANTE A FAVOR DE ODEBRECHT,
ASCENDENTE A S/. 42'867,993.55 INCLUIDO I.G.V., MÁS LOS RESPECTIVOS
INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.209. Que la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, que observa la liquidación presentada por Odebrecht, es nula de pleno derecho, por lo que la Liquidación ha quedado consentida según lo preceptuado en el tercer párrafo del artículo 269 del Reglamento.

3.210. Que, de esta manera, los saldos a aprobarse corresponden a los consignados en la referida Liquidación, teniendo en consideración los cálculos acompañados por Odebrecht y no rebatidos con otros cálculos válidos por el Proyecto.


Que ello, habida cuenta de que la norma establece que de no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo previsto, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

3.211. Que se reitera que la Memoria Descriptiva Valorizada (documento de obligatoria presentación con toda liquidación final), no ha sido objeto de observación alguna por parte del Supervisor ni por parte del Proyecto, por lo que se debe tener por cierta la integridad de su contenido, las situaciones, hechos y demás acaecidos en obra.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.212. Que, en tal sentido, el saldo a favor del Contratista asciende a S/. 42'867,993.55, tal como aparece en el apartado VII Monto Total a Facturar al Contratista, del cuadro denominado «LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DETERMINACIÓN DEL MONTO FINAL DEL CONTRATO» de la Memoria Descriptiva Valorizada.

Que dicho monto es el resultado del monto total de la obra (S/. 170'936,859.12) menos los montos pagados a través de las valorizaciones (S/. 128'068,865.57).

- 3.213. Que, con respecto a los intereses derivados de la obligación de pago del saldo de la liquidación, Odebrecht señala que de acuerdo al artículo 1324 del Código Civil, las obligaciones dinerarias devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva desde que el deudor incurre en mora.

Que, en consecuencia, los intereses por los mayores gastos generales no percibidos en su oportunidad y por los mayores costos incurridos por Odebrecht califican como intereses legales moratorios, pues los mismos constituyen el resarcimiento a que tiene derecho el demandante de un importe dinerario por no tener dicho capital a tiempo. Como sabemos, los intereses moratorios constituyen una especie del género referente a los daños moratorios derivados del incumplimiento de deudas dinerarias.

Que, en ese sentido, no existiendo un pacto sobre la tasa de interés aplicable, corresponde aplicar el interés legal.

- 3.214. Que, para el cobro de intereses moratorios, tanto la doctrina como la legislación vigente exigen que se haya realizado una intimación en mora,

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

es desde dicha intimación que deben ser computados los intereses respectivos. En tal sentido, a efectos de la determinación de la fecha de la intimación en mora, se debe tener en cuenta que el monto en cuestión requería —para la determinación de su cuantía— la intervención y pronunciamiento del Tribunal Arbitral. Por ello resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1334 del Código Civil.

Que, si bien el presente caso no versa sobre una intimación judicial, el mismo trata de una intimación vía arbitral, que para estos efectos, tiene las mismas implicancias que la intimación judicial.

Que el objeto de la norma apunta a que en situaciones de demandas de pago con montos aún no líquidos, esto es cuando se hace necesaria la intervención de un juzgador para determinar la cuantía, la mora exista desde el momento en que se pone en conocimiento del demandado en el proceso de las pretensiones del demandante.

Que, en el presente caso, los intereses corren desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en la que se notificó a la Entidad con Carta n.º 18-2010/SISA-PEHCBM, a través de la cual se solicitó el inicio del arbitraje.

- 3.215. Que, en consecuencia, los montos reconocidos como adeudos por el presente fallo devengan intereses, a la tasa de interés legal, desde el 29 de diciembre de 2010, con la notificación de la solicitud de arbitraje hasta la fecha de pago, debiendo declararse fundada esta pretensión.

Posición del Proyecto

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.216. Que el Proyecto ha emitido su pronunciamiento, con respecto a la Liquidación presentada por Odebrecht, con la debida motivación correspondiente.

3.217. Que el Proyecto reitera los argumentos resumidos al analizar la primera pretensión principal

3.218. Que, en consecuencia, corresponde declarar infundada esta pretensión.

Posición del Tribunal Arbitral

3.219. Que, en primer lugar, corresponde precisar que esta pretensión tiene conexidad con las siguientes pretensiones:

- 
- (i) Tercera pretensión principal y su accesoria.
 - (ii) Cuarta pretensión principal y sus subordinadas.
 - (iii) Quinta pretensión principal.
 - (iv) Sexta pretensión principal y sus subordinadas.
 - (v) Séptima pretensión principal y sus subordinadas.
 - (vi) Octava pretensión principal y su subordinada.
 - (vii) Novena pretensión principal y sus subordinadas.
 - (viii) Décima pretensión principal y sus subordinadas.

Que las referidas pretensiones se vinculan al presente punto controvertido, habida cuenta de que los conceptos y montos reclamados en ellas corresponden a ítems integrantes de la Liquidación de Obra presentada por Odebrecht, que han sido materia controvertida en el presente arbitraje. Alguno de los ítems reclamados por Odebrecht han sido declarados

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

fundados y, por ende, se ha ordenado al Proyecto pagar por dichos conceptos.

3.220. Que, en efecto, en el presente arbitraje se ha ordenado al Proyecto pagar por los siguientes conceptos:

- (i) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 5'801,742.25 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de mayores gastos generales.⁴⁷
- (ii) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 17'633,115.29 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de «mayor permanencia» de equipo movilizado en obra por causas no imputables al Contratista.⁴⁸
- (iii) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 2'224,753.06 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de metrados de obra ejecutados por indicaciones de la Entidad.⁴⁹
- (iv) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 263,020.01 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de mayores gastos generales.

⁴⁷ Recordemos que la Cuarta Pretensión Principal de Odebrecht fue declarada fundada mediante Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012.

⁴⁸ Recordemos que la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht ha sido amparada en el presente Laudo Definitivo.

⁴⁹ Recordemos que la Novena Pretensión Principal de Odebrecht fue declarada fundada mediante Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que la suma total de los anteriores conceptos arroja un saldo a favor de Odebrecht ascendente a S/.25'922,630.61.

3.221. Que, asimismo, cabe precisar que el Tribunal Arbitral no puede declarar aprobada la Liquidación Final de la Obra presentada por Odebrecht, dado que no todos los conceptos contenidos en ella y reclamados en el presente proceso han sido concedidos.

Que, en efecto, cabe recordar que en el Laudo Parcial, de fecha 25 de octubre de 2012, se declaró infundada la Octava Pretensión Principal, y que en el presente Laudo se ha desestimado la Séptima Pretensión Principal y que la Décima Pretensión Principal ha sido amparada en parte.

3.222. Que, en tal sentido, corresponde declarar infundada la segunda pretensión principal de Odebrecht.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE ESTABLECER COMO MONTO FINAL DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA, LA SUMA DE S/. 42'867,993.55 INCLUIDO I.G.V., DISPONIENDO EL PAGO POR PARTE DEL PROYECTO, MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.223. Que, en el improbable y negado caso de que sea desestimada la Segunda Pretensión Principal, se solicita que luego del análisis correspondiente se tenga por aprobada la liquidación presentada.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que conforme se aprecia del expediente de Liquidación, presentado al Proyecto dentro del plazo, ésta se encuentra debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 269 del Reglamento.

- 3.224. Que la Liquidación Final de Obra cumple todos los requisitos formales y técnicos, tal como se aprecia en sus 1,033 folios entregados mediante Carta n.º 13-2010/SISA-PEHCBM.

Que el saldo a favor del Contratista ascendente a S/.42'867,993.55 incluido el I.G.V., incluye los montos por conceptos reconocidos y por reconocer, y los Presupuestos Adicionales desestimados por el Proyecto en la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM-GG. El monto anterior es el resultado matemáticamente comprobable de la obra realmente ejecutada y los hechos relevantes documentados, entre otros, en los informes mensuales de la Supervisión.

Que todo ello es recogido en detalle en la Memoria Descriptiva Valorizada, que forma parte del expediente de la liquidación presentado, y que no ha merecido observación alguna por parte de la Supervisión, como tampoco por parte del Proyecto en sus distintas instancias que emitieron informe sobre la liquidación.

Posición del Proyecto

- 3.225. Que esta pretensión subordinada se debe declarar infundada, por cuanto está acreditado que Odebrecht, a sabiendas de que su demanda no cuenta con sustento alguno, inicia el presente proceso arbitral. Asimismo,

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Odebrecht repite los argumentos de sus pretensiones anteriores, los mismos que han sido desvirtuados en la contestación de demanda.

Posición del Tribunal Arbitral

3.226. Que habiendo desestimado la Segunda Pretensión Principal de Odebrecht, corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre esta pretensión.

3.227. Que, sobre el particular, cabe recordar que la Liquidación del Contrato presentada por Odebrecht contiene ítems que han sido reconocidos por el Tribunal Arbitral, y otros que no.

Que, en efecto, en el presente arbitraje se ha ordenado al Proyecto pagar por los siguientes conceptos:

- (i) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 5'801,742.25 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de mayores gastos generales.⁵⁰
- (ii) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 17'633,115.29 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de «mayor permanencia» de equipo movilizado en obra por causas no imputables al Contratista.⁵¹

⁵⁰ Recordemos que la Cuarta Pretensión Principal de Odebrecht fue declarada fundada mediante Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012.

⁵¹ Recordemos que la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht ha sido amparada en el presente Laudo Definitivo.

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (iii) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/. 2'224,753.06 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de metrados de obra ejecutados por indicaciones de la Entidad.⁵²
- (iv) Reconocer a favor de Odebrecht el pago de S/.263,020.01 (incluido I.G.V.) más intereses por concepto de mayores gastos generales.

Que la suma total de los anteriores conceptos arroja un saldo a favor de Odebrecht ascendente a S/.25'922,630.61.

Que, asimismo, en el Laudo Parcial, de fecha 25 de octubre de 2012, se declaró infundada la Octava Pretensión Principal, y que en el presente Laudo se ha desestimado la Séptima Pretensión Principal y que la Décima Pretensión Principal ha sido amparada en parte.


3.228. Que, en consecuencia, este extremo de la Pretensión Subordinada de la Segunda Pretensión Principal debe ser amparado parcialmente, estableciendo S/.25'922,630.61 (incluido I.G.V.) como monto final de la Liquidación a favor de Odebrecht.

Que, sobre el particular, cabe precisar que este monto es la suma de los montos ya ordenados para que el Proyecto pague, tanto en el Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012, como en el presente Laudo Definitivo y no debe entenderse —en modo alguno— como una suma adicional a ser pagada por el Proyecto.

⁵² Recordemos que la Novena Pretensión Principal de Odebrecht fue declarada fundada mediante Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.229. Que, en relación al extremo relativo al pago de intereses, debemos recordar que los intereses moratorios son aquéllos que constituyen la manera de indemnizar al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor, salvo que también se haya pactado daño ulterior.
- 3.230. Que al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago —precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:


«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).»

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para los efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.231. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.⁵³ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago.

3.232. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde amparar este extremo de la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de Odebrecht.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO.

Posición de Odebrecht

3.233. Que el Tribunal Arbitral debe ordenar que el Proyecto asuma todos los gastos en que Odebrecht ha incurrido durante el presente proceso arbitral, por cuanto de lo expuesto se desprende que si el Proyecto hubiera actuado de acuerdo a Ley, no se hubiera tenido que recurrir a esta instancia.

Posición del Proyecto

⁵³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 533.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.234. Que corresponde condenar a Odebrecht al pago de las costas y los costos del presente proceso arbitral, por no haber tenido sustento legal para entablar el presente arbitraje.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.235. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, disponen que el árbitro 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 árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.


Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

- 3.236. Que atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de tanto del Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012 y del presente Laudo Definitivo, y, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que el Proyecto asuma el 70% de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

4. Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo Final. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.
5. Finalmente, sin perjuicio de todo lo anterior, el doctor Ricardo Espinoza Rimachi ratifica lo desarrollado en su voto singular, de fecha 25 de octubre de 2012, en aquellos temas que tengan incidencia en los conceptos y montos de la Liquidación Final de Obra.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral **LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 20 de septiembre de 2010.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

TERCERO: Declarar **FUNDADA —en parte—** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se determina como monto final de la Liquidación de Obra la suma de S/.25'922,630.61. incluido I.G.V.; monto que deberá ser pagado por el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo al cumplir lo ordenado en el Laudo Parcial de fecha 25 de octubre de 2012 y en el presente Laudo, en torno a la Cuarta, Sexta, Novena y Décima Pretensiones Principales. Asimismo, corresponde ordenar el pago de los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de julio de 2010.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde reconocer

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

y ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante la suma de S/.17'633,115.29 (incluido I.G.V.), más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

SEXTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

SÉPTIMO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la Séptima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar **FUNDADA** —en parte— la Décima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde reconocer y ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante la suma de S/.263,020.01

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

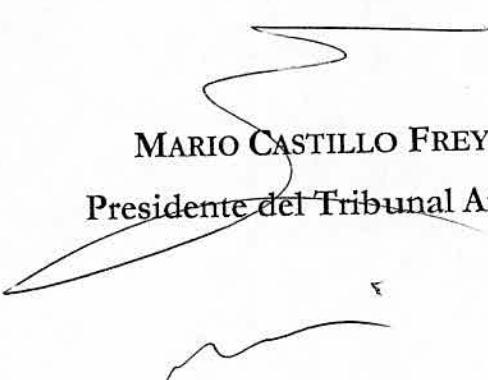
(incluido I.G.V.), más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que CARECE DE OBJETO la Primera Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO TERCERO: Declarar que CARECE DE OBJETO la Segunda Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO CUARTO: Declarar FUNDADA —en parte— la Décimo Segunda Pretensión Principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se ordena:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que el Proyecto asuma el 70% de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.


MARIO CASTILLO FREYRE

Presidente del Tribunal Arbitral


ALFREDO ZAPATA VELASCO

Árbitro

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

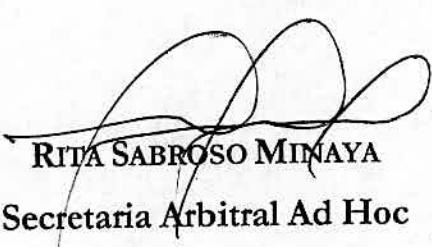
Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi


RICARDO ESPINOZA RIMACHI
Árbitro


RITA SABROSO MINAYA
Secretaria Arbitral Ad Hoc

Resolución N° 51

Lima, 23 de enero de 2013.-

Puesto a despacho en la fecha, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de octubre de 2012, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Parcial que puso fin a las controversias surgidas entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. (en adelante, Odebrecht) y el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo (en adelante, el Proyecto), en lo relativo a las siguientes pretensiones de la demanda:
 - (i) TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal
 - (ii) CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal
Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal
 - (iii) OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Pretensión Subordinada a la Octava Pretensión Principal Objetiva Originaria
 - (iv) NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Subordinada a la Novena Pretensión Principal Objetiva Originaria
Segunda Pretensión Subordinada a la Novena Sétima Pretensión Principal
 - (v) DÉCIMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Accesoria a la Décimo Primera Pretensión Principal
2. Dicho Laudo fue notificado a las partes con fechas 25 y 29 de octubre de 2012, según cargos de notificación que obran en el expediente.
3. Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de noviembre de 2012, el Proyecto solicita la interpretación del Laudo Parcial.
4. Mediante Resolución n.º 45, de fecha 23 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral otorgó a Odebrecht un plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de la notificación de la referida resolución, para que exprese lo conveniente a su derecho en torno al recurso de interpretación.

Dicha Resolución fue notificada a las partes con fechas 3, 4 y 5 de diciembre de 2012, según cargos de notificación que obran en el expediente.

5. Por escrito s/n, presentado con fecha 26 de diciembre de 2012, Odebrecht absuelve el traslado conferido mediante Resolución n.º 45.

Mediante Resolución n.º 48, de fecha 2 de enero de 2013, se fijó un plazo de quince (15) días hábiles, contado desde la última notificación, para resolver el recurso de interpretación. Dicha resolución se notificó con fechas 4 y 7 de enero de 2013, según cargos de notificación que obran en el expediente.

En tal sentido, el referido plazo vencerá el lunes 28 de enero de 2013.

II. MARCO CONCEPTUAL

Antes de iniciar el análisis del recurso interpuesto por el Proyecto, el Tribunal Arbitral considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicable.

El artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), establece lo siguiente:

Artículo 58.- «Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

(...)

b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

(...)». (El subrayado es nuestro).

Uno de los recursos contemplados por el citado artículo 58 es el de interpretación, también conocido como recurso de aclaración.

La Ley de Arbitraje establece que cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

Como se puede apreciar, en el proceso arbitral, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva del Laudo que resulten obscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser obscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisario del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes, en el arbitraje.

Nótese que la Ley de Arbitraje señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar (o interpretar) su laudo.

Al respecto, Hinojosa Segovia¹ señala que debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia.

Como podemos advertir, el propósito de la norma es permitir la interpretación de un laudo para su correcta ejecución. Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsiderere su decisión.

Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutiva del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una «aclaración» de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a delimitar y resolver el recurso de interpretación.

III. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO FORMULADA POR EL PROYECTO

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

Posición del Proyecto

- 3.1. En primer lugar, el Proyecto cita el Considerando 3.20. y el cuarto párrafo del Considerando 3.23. del Laudo Parcial, indicando que lo ahí señalado es inexacto y contrario a lo establecido en la Carta n.º 099-2010/SISA-HOB,² en donde se acredita que la persona que suscribe la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 es ajena a la relación contractual.

Ante dicha situación, el Proyecto se pregunta cómo es posible que el Tribunal Arbitral se contradiga en sus propios considerandos y cómo es posible que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 amparándose en hechos que se contradicen con la prueba que sirve de sustento.

- 3.2. En segundo lugar, el Proyecto cita parte del Considerando 3.47. del Laudo Parcial, indicando que no entiende cómo ha quedado desvirtuado el Informe n.º 15, correspondiente al mes de marzo del 2010, en donde el Supervisor adjunta los ensayos de densidad de campo de la base granular.

Asimismo, señala que sí cumplió con acreditar las incongruencias técnicas en las que incurrió tanto Odebrecht como el Supervisor, en lo relativo a las partidas realmente afectadas, a efectos de determinar el número de días que debía ampliarse el plazo de ejecución contractual.

- 3.3. En tercer lugar, el Proyecto cita parte del Considerando 3.61. del Laudo Parcial, indicando que el Tribunal Arbitral ordena el pago de S/.5'801,742.25 por concepto de mayores gastos generales, sin establecer las fechas de inicio y culminación del periodo ampliado,

A entender del Proyecto, dicha omisión podría implicar que exista un doble reconocimiento o pago por los servicios inexistentes.

- 3.4. En cuarto lugar, el Proyecto cita parte del Considerando 3.125 del Laudo Parcial, indicando que la inferencia del Tribunal Arbitral es errónea, ya que los metrados reclamados por Odebrecht son distintos a los que constituyen objeto de pronunciamiento por parte de la Supervisión.

- 3.5. En quinto lugar, el Proyecto señala que el Tribunal Arbitral comete una arbitrariedad al disponer que el demandado debe asumir los costos financieros de la carta fianza desde la recepción de la obra sin observaciones, como si no

² Cabe precisar que dicha Carta no se refiere a la Ampliación de Plazo n.º 21.

fuese obligación del Contratista presentar la liquidación y dando por sentado que la entidad no pudiera tener alguna reclamación.

Asimismo, indica que la Resolución n.º 2 del Cuaderno Cautelar, contravino flagrantemente lo indicado en la Opinión n.º 042-2006/GNP.

- 3.6. Finalmente, el Proyecto señala que el Tribunal Arbitral debe resolver el recurso de interpretación y deja a salvo su derecho de demandar la anulación del Laudo Parcial, ya que el mismo afectaría sus derechos al debido proceso, defensa y motivación.

Posición de Odebrecht

- 3.7. En primer lugar, Odebrecht manifiesta que la doctrina arbitral es estricta en la calificación de las facultades de los árbitros para aclarar o interpretar un laudo.

Cualquier solicitud que esté referida a los fundamentos, a la evaluación de pruebas o al razonamiento del laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido (naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria), deberá ser declarada improcedente.

De lo expuesto por el Proyecto, los aspectos involucrados no constituyen extremos oscuros, imprecisos ni dudosos de la parte decisoria del Laudo ni tampoco influyen en la determinación de los alcances de la ejecución.

- 3.8. En segundo lugar, Odebrecht señala que no existe contradicción alguna en los considerandos que sustentan la decisión del Tribunal Arbitral en lo relativo a la Ampliación de Plazo n.º 21.
- 3.9. En tercer lugar, el Informe n.º 15 al que hace referencia el Proyecto, no forma parte del expediente arbitral y que su referencia en los alegatos del Proyecto fue tardía y carecía de relevancia como elemento de prueba.
- 3.10. En cuarto lugar, en lo relativo a la regularización de metrados, Odebrecht explica los alcances de las partidas 6.03 y 6.04, según lo establecido en las Especificaciones Técnicas de la Obra.
- 3.11. En quinto lugar, en torno al tema de la fecha de inicio y conclusión de la ampliación de plazo, Odebrecht sostiene que no existe la posibilidad de doble reconocimiento, habida cuenta de que las resoluciones emitidas por el Proyecto aprobando los mayores gastos generales, no contemplan la Ampliación de Plazo n.º 21.

- 3.12. En sexto lugar, Odebrecht afirma que en la documentación de la Liquidación de Obra se ha presentado los planos de post construcción debidamente firmados por el Residente de Obra y por el Jefe de Supervisión, y de acuerdo a dichos planos se calculó los metrados realmente ejecutados aprobados por el Supervisor. Sobre dichos planos tampoco se ha producido en el proceso observación alguna por parte del Proyecto.
- 3.13. En séptimo lugar, en relación a los costos financieros de la carta fianza de fiel cumplimiento, Odebrecht señala que en el proceso se discute únicamente los adeudos del Proyecto a Odebrecht y que la decisión del Tribunal Arbitral —tanto en el Laudo Parcial como en el Cuaderno Cautelar— beneficia al Proyecto, en tanto no tendrá que asumir los referidos costos hasta la culminación del proceso arbitral.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.14. En primer lugar, cabe precisar que, de una simple lectura del escrito s/n, presentado con fecha 20 de noviembre de 2012, se desprende que los pedidos del Proyecto no están relacionados —en modo alguno— con algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo (es decir, en la parte resolutiva del mismo) o expresado en los considerandos, que influya en la referida parte resolutiva para determinar los alcances de la ejecución.

Por el contrario, se advierte del denominado recurso de interpretación que la intención del Proyecto es cuestionar el correcto análisis y valoración de los medios probatorios efectuados por el Tribunal Arbitral, es decir, pretende emplear el denominado recurso de interpretación como un recurso impugnatorio, lo cual debe ser desestimado.

Asimismo, cabe resaltar que el denominado recurso de interpretación se basa en la cita antojadiza de distintos considerandos del Laudo, sin que el Proyecto señale cómo ello influye en lo ordenado claramente en la parte resolutiva del Laudo que impida su ejecución.

- 3.15. Sin perjuicio de lo anterior, en torno a la persona acreditada para suscribir la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21, cabe precisar (tal como se desprende del Considerando 3.20. del Laudo Parcial), que por un lado tenemos la Carta n.º 093-2010/SISA-HOB, firmada por el Residente de Obra, a través de la cual se adjunta la solicitud de ampliación de plazo, firmada por el Director del Contrato, quien tenía la calidad de representante legal de Odebrecht, tal como se analizó

en el Considerando 3.22. del Laudo Parcial. Se trata de dos documentos (la carta de remisión y la solicitud propiamente dicha).

Por otro lado, en el Considerando 3.23 del Laudo Parcial se puso en evidencia el actuar contradictorio del Proyecto al momento de denegar la Ampliación de Plazo n.º 21, ya que luego aprobó las Ampliaciones de Plazo n.os 22 y 24, que fueron firmadas también por el Director del Contrato.

Dentro de tal orden de ideas, no existe razonamiento contradictorio por parte del Tribunal Arbitral, ni referencia a hechos inexactos. Simplemente, el Proyecto no está de acuerdo con lo resuelto y pretende que se modifique el análisis del Tribunal Arbitral, cuando ello no corresponde.

- 3.16. Luego, se aprecia que el Proyecto cuestiona el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en torno al número de días de la Ampliación de Plazo n.º 21, porque no se amparó su posición de denegar la referida ampliación.

Sobre el particular, resulta evidente que el Proyecto pretende impugnar el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral y pretende que se vuelvan a analizar los medios probatorios, lo que —se reitera— no corresponde en la vía arbitral (en donde no existe la posibilidad de apelar lo decidido por el Tribunal Arbitral).

- 3.17. En lo relativo a la orden de pago de S/.5'801,742.25, cabe señalar que las partes sometieron a conocimiento del Tribunal Arbitral el determinar si correspondía o no reconocer y ordenar el pago de los mayores gastos generales por 186 días calendario,³ y no se estableció que el Tribunal Arbitral debiera establecer ni el plazo de inicio ni el de culminación de la ampliación.

En tal sentido, pretender que el Tribunal —vía un recurso de interpretación— se pronuncie sobre dicho tema, es solicitarle que emita un pronunciamiento *extra petita*.

En otras palabras, si el Proyecto consideraba que ello debía ser objeto de pronunciamiento por parte de este Colegiado, debió formularlo como pretensión en la oportunidad que correspondía. El Tribunal Arbitral no puede subsanar omisiones de la defensa o estrategia que debieron seguir las partes del proceso arbitral.

- 3.18. En lo relativo al tema de metrados, el cuestionamiento del Proyecto se basa en que no está de acuerdo con lo concluido por el Tribunal Arbitral sobre el particular, lo que no corresponde a la etapa de interpretación de Laudo.

³ Relativos a la Ampliación de Plazo n.º 21.

Aquí también se advierte el mal empleo del recurso de interpretación del laudo por parte del Proyecto, al pretender impugnar el análisis y valoración de pruebas efectuado por este Colegiado.

- 3.19. En lo relativo a la condena al pago de los costos financieros de la carta fianza, sorprende que el Proyecto pretenda cuestionar el que el Tribunal Arbitral supuestamente desconociera la obligación del Contratista de presentar la liquidación de la obra y la posibilidad de que el Proyecto pudiera tener alguna reclamación.

En efecto, resulta contradictorio que el Proyecto sostenga que el Tribunal Arbitral no ha tenido en cuenta la posibilidad de que dicha parte pueda observar la liquidación realizada por el Contratista, cuando en este arbitraje el Proyecto nunca argumentó que en la Liquidación de la Obra exista saldo alguno a su favor.

Sobre el particular, cabe hacer mención a lo contestado por el Proyecto en torno a la Primera Pretensión Accesoria a la Décimo Primera Pretensión Principal de la demanda, en donde el Proyecto coincide en que hay un saldo a favor del Contratista (más allá de la controversia en torno al *quantum*).

Asimismo, si bien resulta improcedente —en esta etapa del proceso arbitral— cualquier cuestionamiento en torno a la Resolución n.º 02 del Cuaderno Cautelar, este Colegiado debe resaltar que el Proyecto nunca cuestionó lo ahí resuelto (no interpuso recurso de reconsideración alguno), por lo que dicha resolución quedó firme.

- 3.20. Dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar el pedido de interpretación.
- 3.21. Finalmente, sin perjuicio de todo lo anterior, el doctor Ricardo Espinoza Rimachi se remite a lo desarrollado en su voto singular, de fecha 25 de octubre de 2012, en lo relativo a los puntos vinculados con la Ampliación de Plazo n.º 21 y que han sido objeto del recurso de interpretación del Laudo Parcial,

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:** Declarar **INFUNDADO** el recurso de interpretación interpuesto por Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, en contra del Laudo Parcial, de fecha 25 de octubre de 2012.

Fdo. Mario Castillo Freyre, Presidente del Tribunal; Alfredo Zapata Velasco, Árbitro; Ricardo Espinoza Rimachi, Árbitro; Rita Sabroso Minaya, Secretaria Ad-Hoc.

Resolución Nº 59

Lima, 13 de mayo de 2013.-

Puesto a despacho en la fecha, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de febrero de 2013, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Definitivo que puso fin a las controversias surgidas entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. (en adelante, Odebrecht) y el Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo (en adelante, el Proyecto), en lo relativo a las siguientes pretensiones de la demanda:
 - (i) PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
 - (ii) SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal
 - (iii) QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
 - (iv) SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal Objetiva Originaria
Segunda Pretensión Subordinada a la Sexta Pretensión Principal
 - (v) SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal
Segunda Pretensión Subordinada a la Séptima Pretensión Principal
 - (vi) DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
Primera Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal
Segunda Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal
 - (vii) DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL (Objetiva Originaria)
2. Dicho Laudo fue notificado a las partes con fechas 1 y 4 de marzo de 2013, según cargos de notificación que obran en el expediente.
3. Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, el Proyecto solicita la interpretación del Laudo Definitivo.
4. Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, Odebrecht solicita la interpretación del Laudo Definitivo.
5. Mediante Resolución n.º 57, de fecha 1 de abril de 2013, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de la notificación de la referida resolución, para que expresen lo conveniente a su derecho en torno al recurso de interpretación presentado por su contraparte.

Dicha Resolución fue notificada a las partes con fechas 2 y 5 de abril de 2013, según cargos de notificación que obran en el expediente.

6. Por escrito s/n, presentado con fecha 23 de abril de 2013, Odebrecht absuelve el traslado conferido mediante Resolución n.º 57.
7. Mediante Resolución n.º 58, de fecha 29 de abril de 2013, se fijó un plazo de quince (15) días hábiles, contado desde la última notificación, para resolver los recursos de interpretación interpuestos por las partes. Dicha resolución se notificó con fechas 30 de abril y 3 de mayo de 2013, según cargos de notificación que obran en el expediente.

En tal sentido, el referido plazo vencerá el viernes 24 de mayo de 2013.

II. MARCO CONCEPTUAL

Antes de iniciar el análisis de los recursos interpuestos por las partes, el Tribunal Arbitral considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicable.

El artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), establece lo siguiente:

Artículo 58.- «Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
(...)
b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
(...)». (El subrayado es nuestro).

Uno de los recursos contemplados por el citado artículo 58 es el de interpretación, también conocido como recurso de aclaración.

La Ley de Arbitraje establece que cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

Como se puede apreciar, en el proceso arbitral, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutiva

del Laudo que resulten obscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser obscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes, en el arbitraje.

Nótese que la Ley de Arbitraje señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar (o interpretar) su laudo.

Al respecto, Hinojosa Segovia¹ señala que debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia.

Como podemos advertir, el propósito de la norma es permitir la interpretación de un laudo para su correcta ejecución. Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsiderere su decisión.

Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutiva del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una «aclaración» de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a delimitar y resolver los recursos interpuestos por las partes.

III. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO FORMULADA POR EL PROYECTO

Posición del Proyecto

- 3.1. El Proyecto señala que el Tribunal Arbitral ha realizado una interpretación sobre «permanencia en obra» contraria a lo establecido en el Contrato y que dicha interpretación conlleva a distorsionar la modalidad del Contrato de precios unitarios a uno de alquiler de equipos.

De esta manera, cita los considerandos 3.36 y 3.42. del Laudo, afirmando que lo señalado por el Tribunal es contrario a la obligación del Contratista de mantener el equipo mínimo en la obra.

- 3.2. Asimismo, el Proyecto sostiene que el Tribunal Arbitral no ha realizado cálculos, no ha dispuesto que los realice algún perito, ni ha revisado los cálculos amparados, al momento de amparar la sexta pretensión principal. Ello, a entender del Proyecto, implica contradicciones en el análisis efectuado.
- 3.3. Luego, el Proyecto afirma que se han incrementado los costos directos del Contrato, con lo cual los adicionales habrían superado el 15% del monto contractual. Ello, implicaría que la pretensión declarada fundada no sea materia arbitrable.
- 3.4. Que, finalmente, el Proyecto indica que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre pretensiones sustentadas en un derecho caduco, lo cual debió ser declarado de oficio por los árbitros.

Posición de Odebrecht

- 3.5. En primer lugar, Odebrecht señala que el pedido de su contraparte encubre, en realidad, un cuestionamiento al fondo de lo decidido, por lo que debe ser desestimado.

Los aspectos indicados por el Proyecto no constituyen extremos oscuros, imprecisos o dudosos de la parte resolutiva del Laudo ni influyen en la determinación de los alcances de su ejecución.

- 3.6. Por otro lado, Odebrecht sostiene que el Proyecto ha tomado fragmentos del laudo, sin considerar el desarrollo integral del mismo. Lo que en realidad se busca, a través de dicho recurso, es una interpretación y desarrollo conceptual distinto al razonamiento efectuado por el Tribunal Arbitral.
- 3.7. Asimismo, Odebrecht afirma que, en el curso del proceso y, en especial, en la audiencia de sustentación de informes periciales, las cuestiones de definición de mayor permanencia fueron cuantificadas y sustentadas debidamente, por lo que lo sostenido por el Proyecto² se desvirtúa completamente.
- 3.8. Luego, Odebrecht indica que el tema de mayor permanencia está sujeto únicamente al pacto de las partes, ante la ausencia de norma legal o reglamentaria, por lo que la referencia a una incidencia acumulada de adicionales mayor al 15% implica, en realidad, una impugnación al razonamiento del Tribunal.
- 3.9. Finalmente, Odebrecht señala que no existe norma con rango de ley que establezca la caducidad a la que hace referencia su contraparte, menos aún si tenemos en cuenta que la sexta pretensión principal no se sustenta en una obligación legal.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.10. En primer lugar, cabe precisar que, de una simple lectura del escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, se desprende que los pedidos del Proyecto no están relacionados —en modo alguno— con algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo (es decir, en la parte resolutiva del mismo) o expresado en los considerandos, que influya en la referida parte resolutiva para determinar los alcances de la ejecución.

Por el contrario, se advierte del denominado recurso de interpretación que la intención del Proyecto es cuestionar el correcto análisis y valoración de los medios probatorios efectuados por el Tribunal Arbitral, es decir, pretende emplear el denominado recurso de interpretación como un recurso impugnatorio, lo cual debe ser desestimado.

Asimismo, cabe resaltar que el denominado recurso de interpretación se basa en la cita —poco coherente— de distintos considerandos del Laudo, sin que el Proyecto señale cómo ello influye en lo ordenado claramente en la parte resolutiva del Laudo que impida su ejecución.

² Reseñado en el Considerando 3.2. de la presente Resolución.

3.11. Por otro lado, cabe precisar que el Proyecto nunca argumentó en el proceso que el pedido de mayores costos por mayor permanencia de equipos, implicara un adicional que excediera el 15% del monto contractual, por lo que es un argumento que no correspondía ser analizado.

Con este nuevo argumento en esta etapa del proceso, el demandado pretende subsanar los defectos de su defensa en el arbitraje, en donde nunca interpuso excepción de incompetencia por materia no arbitrable. Con ello, el demandado consintió que el Tribunal Arbitral analizara el fondo de la pretensión tal y como fue planteada por el demandante.

- 3.12. Finalmente, cabe recordar que, mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente la excepción de caducidad interpuesta por el Proyecto, por lo que no correspondía emitir un pronunciamiento sobre dicho tema en el Laudo, en tanto se trataba de materia ya resuelta por el Colegiado.
- 3.13. Dentro de tal orden de ideas, corresponde desestimar el pedido de interpretación del Proyecto.

IV. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO FORMULADA POR ODEBRECHT

Posición de Odebrecht

- 3.14. Odebrecht solicita que el Tribunal Arbitral precise los alcances de lo decidido en el numeral resolutivo décimo cuarto, a efectos de facilitar la ejecución del laudo. Ello, habida cuenta de que no se hace referencia expresa al reembolso que debe efectuar el Proyecto a favor del demandante, en torno a los honorarios arbitrales cancelados en subrogación del demandado.

Según señala Odebrecht, con fecha 1 de diciembre de 2011, el demandante asumió el pago de S/.291,666.65 por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral.

Posición del Proyecto

- 3.15. A pesar de estar debidamente notificado con la Resolución n.º 57, el Proyecto no se ha pronunciado en torno al recurso de interpretación presentado por Odebrecht.

Posición del Tribunal Arbitral

3.16. En efecto, mediante Resolución n.º 06, de fecha 25 de octubre de 2011, se ordenó el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales; sin embargo, ante el incumplimiento del Proyecto, mediante Resolución n.º 11, de fecha 1 de diciembre de 2011, se facultó a Odebrecht para subrogarse en el pago de la parte que le correspondía asumir a su contraparte.

Luego, ante el pago en subrogación, mediante Resolución n.º 12, de fecha 16 de diciembre de 2011, se tuvo por efectuado el pago íntegro del segundo anticipo de honorarios arbitrales por parte de Odebrecht.

3.17. Los otros pagos por concepto de honorarios arbitrales —ordenados por el Tribunal Arbitral— fueron asumidos en partes iguales tanto por Odebrecht como por el Proyecto.

3.18. De esta manera, dado que en el numeral (ii) del punto décimo cuarto de la parte resolutiva del Laudo Definitivo se ha ordenado que el Proyecto asuma el 70% de los honorarios de los árbitros y de la secretaría, ello implica lo siguiente:

- (i) que el Proyecto debe devolver a Odebrecht, precisamente, el 70% del anticipo de honorarios que fue asumido íntegramente por Odebrecht;³ y
- (ii) que el Proyecto debe devolver a Odebrecht el 20% de los honorarios arbitrales en donde el demandante asumió la mitad (es decir, el 20% a devolver debe ser calculado en base al íntegro del anticipo de honorarios fijado en cada oportunidad).

3.19. Dentro de tal orden de ideas, corresponde amparar el pedido de interpretación de Odebrecht.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

- 1)** Declarar **INFUNDADO** el recurso de interpretación interpuesto por Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo, en contra del Laudo Definitivo, de fecha 28 de febrero de 2013.
- 2)** Declarar **FUNDADO** el recurso de interpretación interpuesto por Odebrecht Perú S.A., en contra del Laudo Definitivo, de fecha 28 de febrero de 2013, en los términos expuestos en Considerando 3.18. de la presente Resolución.

Fdo. Mario Castillo Freyre, Presidente del Tribunal; Alfredo Zapata Velasco, Árbitro; Ricardo Espinoza Rimachi, Árbitro; Rita Sabroso Minaya, Secretaria Ad-Hoc.

³ Detallado en el Considerando 3.16. de la presente Resolución.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

LAUDO PARCIAL
(Resolución n.º 42)

En la ciudad de Lima, con fecha 25 de octubre de 2012, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Alfredo Zapata Velasco, Árbitro, y Ricardo Espinoza Rimachi, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo.

ANTECEDENTES

- Con fecha 10 de diciembre de 2008, Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. (en adelante, Odebrecht) y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo – PEHCBM (en adelante, el Proyecto) suscribieron el Contrato n.º 500-2008-GRSM-PEHCBM, para la Ejecución de la Obra «Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Empalme PE-5N-Cuñumbue-Zapatero-San José de Sisa» (en adelante, el Contrato), derivado de la Licitación Pública n.º 005-2008-GRSM-PEHCBM/CE-I Convocatoria.
- Mediante Carta n.º 18-2010/SISA-PEHCBM, de fecha 29 de diciembre de 2010, Odebrecht solicitó el inicio del arbitraje, designando al doctor Alfredo Zapata Velasco como árbitro de parte.

*Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial
Huallaga Central Bajo Mayo*

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Oficio n.º 018-2011-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 10 de enero de 2011, el Proyecto contestó la solicitud de arbitraje, designando al doctor Ricardo Espinoza Rimachi como árbitro de parte.
- Mediante Resolución n.º 158-2011/OSCE-PRE, de fecha 7 de marzo de 2011, el OSCE designa al doctor Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal Arbitral.
- Con fecha 14 de marzo de 2011, el doctor Castillo aceptó la designación efectuada.
- Con fecha 13 de junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Mediante Resolución n.º 1, de fecha 15 de julio de 2011, se tuvo por cumplido el pago del anticipo de los honorarios arbitrales por ambas partes. Asimismo, se declaró abierto el presente proceso arbitral y se otorgó a Odebrecht un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presente su demanda arbitral.
- Por escrito n.º 01, presentado con fecha 10 de agosto de 2011, Odebrecht interpone su demanda arbitral.
- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 15 de agosto de 2011, se otorgó a Odebrecht un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que cumpla con precisar si ofrece o no la Carta n.º 189-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 14 de julio de 2010, y la resolución adjunta.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Por escrito n.º 02, presentado con fecha 17 de agosto de 2011, Odebrecht precisó que sí ofrecía como medio probatorio los documentos detallados en la Resolución n.º 02.
- Mediante Resolución n.º 03, de fecha 22 de agosto de 2011, se admitió a trámite la demanda y se otorgó al Proyecto un plazo de quince (15) días hábiles, para que cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 1, presentado con fecha 19 de septiembre de 2011, el Proyecto presentó su contestación de la demanda. En el mismo, dedujo excepción de caducidad de la tercera a la octava pretensiones principales de la demanda.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad, deducida por el Proyecto. Asimismo, se admitió a trámite la contestación de la demanda. Finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, otorgándoles un plazo de tres (3) días hábiles, para que presenten su propuesta de puntos controvertidos.
- Por escrito n.º 02, presentado con fecha 27 de septiembre de 2011, el Proyecto solicitó la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 28 de septiembre de 2011, se reprogramó la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Con fecha 20 de octubre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En dicha Audiencia, se otorgó a Odebrecht un plazo de (i) cinco (5) días hábiles, para que especifique qué rubros abordará la pericia técnica ofrecida como medio probatorio; y (ii) veinte (20) días hábiles, para que la presente. Finalmente, se otorgó al Proyecto un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente los documentos materia de la exhibición ofrecida por Odebrecht.
- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 25 de octubre de 2011, se ordenó el pago del segundo anticipo de honorarios arbitrales, otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumplan con el referido pago.
- Por escrito n.º 03, presentado con fecha 26 de octubre de 2011, Odebrecht señaló los rubros que abarcará la pericia ofrecida. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución n.º 07, de fecha 28 de octubre de 2011.
- Por escrito n.º 04, presentado con fecha 10 de noviembre de 2011, Odebrecht solicitó una ampliación de plazo para presentar la pericia.
- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 14 de noviembre de 2011, se otorgó plazo a Odebrecht hasta el 31 de enero de 2012 para la presentación de la pericia.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Por escrito s/n, presentado con fecha 21 de noviembre de 2011, el Proyecto presentó la documentación requerida por el Tribunal Arbitral en el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos (exhibición).
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 21 de noviembre de 2011, se tuvo por efectuado el pago del segundo anticipo de honorarios por parte de Odebrecht. Asimismo, se otorgó al Proyecto un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para que cumpla con el pago de la parte que le corresponde del segundo anticipo.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 24 de noviembre de 2011, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado al Proyecto, en el Acta de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Asimismo, se otorgó a Odebrecht un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 30 de noviembre de 2011, el Proyecto interpuso recurso reconsideración en contra de la Resolución n.º 06.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 1 de diciembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporáneo— el recurso de reconsideración interpuesto por el Proyecto en contra de la Resolución n.º 06. Asimismo, se facultó a Odebrecht para subrogarse en el pago de la parte que le corresponde asumir al demandado en torno al segundo anticipo de

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

honorarios. En consecuencia, se otorgó a Odebrecht un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumpla con el pago de los honorarios que correspondía pagar al Proyecto.

- Por escrito n.º 05, presentado con fecha 13 de diciembre de 2011, Odebrecht indica que el Proyecto no ha cumplido con presentar todos los documentos que formaban parte de la exhibición.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 16 de diciembre de 2011, se tuvo por efectuado el pago íntegro del segundo anticipo de honorarios arbitrales por parte de Odebrecht.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 19 de diciembre de 2011, se tuvo por absuelto el traslado conferido a Odebrecht mediante Resolución n.º 10. En consecuencia, se otorgó al Proyecto un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumpla con exhibir los documentos que se detallan en el escrito n.º 05 de Odebrecht.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 5 de enero de 2012, el Proyecto entregó la documentación requerida mediante Resolución n.º 13 y realizó algunas precisiones al respecto.
- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 9 de enero de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 13 por parte del Proyecto. En consecuencia, se otorgó a Odebrecht un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho.



Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 23 de enero de 2012, se citó a las partes a la Primera Audiencia Especial de Ilustración.
- Por escrito n.º 06, presentado con fecha 24 de enero de 2012, Odebrecht absolió el traslado conferido mediante Resolución n.º 14 y solicitó requerir la documentación faltante a la empresa Supervisora HOB Consultores S.A.
- Por escrito n.º 07, presentado con fecha 30 de enero de 2012, Odebrecht solicitó un plazo extraordinario de 15 días hábiles, a fin de presentar la pericia ofrecida.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 26 de enero de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 14 por parte de Odebrecht. En consecuencia, se otorgó al Proyecto un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que solicite —a la empresa Supervisora HOB Consultores S.A.— la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL y cumpla con exhibirla, de acuerdo al Acta de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 26 de enero de 2012, se otorgó a Odebrecht un plazo adicional de quince (15) días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo establecido en la Resolución n.º 8, a efectos de que presente la pericia ofrecida, bajo apercibimiento de prescindir de la misma.
- Por escrito n.º 01 del Cuaderno Cautelar, presentado con fecha 31 de enero de 2012, Odebrecht solicitó medida cautelar de no innovar.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Por Oficio n.º 002-2012-GRSM-PEHCBM/OAL, presentado con fecha 9 de febrero de 2012, el Proyecto remitió la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL de la empresa HOB Consultores S.A.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 10 de febrero de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 16 por parte del Proyecto. En consecuencia, se otorgó a Odebrecht un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por escrito n.º 08, presentado con fecha 21 de febrero de 2012, Odebrecht presentó la pericia ofrecida como medio probatorio.
- Por escrito n.º 9, presentado con fecha 22 de febrero de 2012, Odebrecht manifestó lo conveniente a su derecho en torno a la Carta n.º 029-2010/HOB-0808-S/RL de la empresa HOB Consultores S.A. Asimismo, solicitó la grabación en audio y video de las Audiencias de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 24 de febrero de 2012, se tuvo presente la pericia presentada por Odebrecht, con conocimiento de la parte contraria.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 24 de febrero de 2012, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 18 por parte de Odebrecht. Asimismo, se facultó a la Secretaría Arbitral para realizar las gestiones necesarias para que las Audiencias sean grabadas en video.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 24 de febrero de 2012, se reprogramó la Primera Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 22, de fecha 6 de marzo de 2012, se otorgó a la partes un plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar los Certificados de Rentas y Retención de Cuarta Categoría correspondientes al ejercicio del año 2011.
- Con fecha 12 de marzo de 2012, se llevó a cabo la Primera Audiencia de Ilustración. En dicha Audiencia, las partes expusieron su posición en torno a la Tercera Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria. Asimismo, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución n.º 23.
- Mediante Resolución n.º 23, de fecha 12 de marzo de 2012, se citó a las partes a la Segunda Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 01, del Cuaderno Cautelar, de fecha 13 de marzo de 2012, se otorgó al Proyecto un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que manifieste lo conveniente a su derecho en torno a la solicitud de la medida cautelar.
- Por escrito s/n del Cuaderno Cautelar, presentado con fecha 26 de marzo de 2012, el Proyecto presentó su oposición a la medida cautelar solicitada por Odebrecht.
- Mediante Resolución n.º 2 del Cuaderno Cautelar, de fecha 28 de marzo de 2012, se concedió la medida cautelar de no innovar solicitada por Odebrecht. En consecuencia, se ordenó al Proyecto que se abstenga de

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

exigir a Odebrecht mantener la vigencia de la Carta Fianza n.º 00039695, emitida por Interbank, por el monto de S/.10'956,107.65. Asimismo, se ordenó oficiar a Interbank, a fin de que se abstenga de efectuar trámite alguno de ejecución de la carta fianza señalada.

- Por escrito n.º 1 (sic), presentado con fecha 3 de abril de 2012, se apersonó el nuevo Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín, a efectos de asumir la defensa del Proyecto en el presente proceso arbitral.
- Con fecha 3 de abril de 2012, se llevó a cabo la Segunda Audiencia de Ilustración. En dicha Audiencia, las partes expusieron su posición en torno a la Cuarta Pretensión Principal, sus pretensiones subordinadas y a la Quinta Pretensión Principal. Asimismo, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución n.º 24.
- Mediante Resolución n.º 24, de fecha 3 de abril de 2012, se citó a la partes a la Tercera Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 25, de fecha 11 de abril de 2012, se tuvo (i) por apersonado al nuevo Procurador Público del Gobierno Regional de San Martín; (ii) por ampliadas las facultades de representación al abogado que se indica; y (iii) presente el correo electrónico que se indica.
- Con fecha 8 de mayo de 2011, se llevó a cabo la Tercera Audiencia de Ilustración. En dicha Audiencia, las partes expusieron su posición en torno a la Novena, Décima, Décima Primera y Décima Segunda Pretensiones Principales, sus respectivas pretensiones subordinadas y accesorias.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Asimismo, en dicha Audiencia el Tribunal Arbitral emitió las Resoluciones n.º 26 y n.º 27.

- Mediante Resolución n.º 26, de fecha 8 de mayo de 2012, se estableció el martes 26 de junio de 2012 como fecha final, para que el Proyecto absuelva el traslado conferido mediante Resolución n.º 19 (pericia presentada por Odebrecht).
- Mediante Resolución n.º 27, de fecha 8 de mayo de 2012, se citó a las partes a la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial y a la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 28, de fecha 23 de mayo de 2012, se declaró concluida la etapa probatoria de la Tercera, Cuarta, Quinta, Octava, Novena y Décimo Primera pretensiones principales, las cuales serían materia del presente laudo parcial.
- Mediante Resolución n.º 29, de fecha 23 de mayo de 2012, se ordenó el pago de un honorario arbitral extraordinario. En consecuencia, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que cumplan con pagar los referidos honorarios.
- Mediante Resolución n.º 30, de fecha 30 de mayo de 2012, se declaró que la Quinta Pretensión Principal no sería materia del presente laudo parcial.
- Por carta s/n, presentado con fecha 6 de junio de 2012, el doctor Mario Castillo Freyre informó que es abogado de parte en un proceso arbitral ad hoc, cuyo Tribunal Arbitral está conformado por el doctor Zapata.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 31, de fecha 14 de junio de 2012, se puso en conocimiento de las partes, la carta presentada por el doctor Mario Castillo Freyre.
- Mediante Resolución n.º 32, de fecha 25 de junio de 2012, se tuvo por efectuado el pago del íntegro de los honorarios extraordinarios.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 25 de junio de 2012, el Proyecto presentó una pericia. Asimismo, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial.
- Mediante Resolución n.º 33, de fecha 27 de junio de 2012, se reprogramaron la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial y la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 34, de fecha 9 de julio de 2012, se otorgó a las partes un plazo de ocho (8) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus alegatos y conclusiones finales con respecto a las pretensiones que serían materia del laudo parcial.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de julio de 2012, Odebrecht presentó sus alegatos finales.
- Por escrito n.º 1 (sic), presentado con fecha 24 de julio de 2012, el Proyecto presentó sus alegatos finales.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 35, de fecha 30 de julio de 2012, se tuvo por presentados los alegatos de ambas partes. En consecuencia, se fijó el plazo para emitir el laudo parcial en treinta (30) días hábiles. Dicho plazo venció el 14 de septiembre de 2012.
- Por escrito n.º 1 (sic), presentado con fecha 3 de agosto de 2012, el Proyecto solicitó la reprogramación de la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial.
- Mediante Resolución n.º 36, de fecha 8 de agosto de 2012, se reprogramaron la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial y la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 10 de agosto de 2012, Odebrecht solicitó la reprogramación de la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial.
- Por carta s/n, presentada con fecha 17 de agosto de 2012, el doctor Mario Castillo Freyre informó que ha sido designado árbitro en un proceso arbitral ad hoc en donde también es árbitro el doctor Ricardo Espinoza Rimachi.
- Por carta s/n, presentada con fecha 17 de agosto de 2012, el doctor Ricardo Espinoza Rimachi informó que ha sido designado árbitro en un proceso arbitral ad hoc en donde también es árbitro el doctor Mario Castillo Freyre.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- Mediante Resolución n.º 37, de fecha 17 de agosto de 2012, se reprogramaron la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial y la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 38, de fecha 29 de agosto de 2012, se puso en conocimiento de las partes las cartas presentadas por los doctores Castillo y Espinoza.
- Mediante Resolución n.º 39, de fecha 4 de septiembre de 2012, se prorrogó el plazo para emitir el laudo parcial en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo inicialmente señalado. Dicho plazo vencerá el miércoles 31 de octubre de 2012.¹
- Por escrito s/n, presentado con fecha 12 de septiembre de 2012, Odebrecht solicitó se adelante la fecha de la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial y la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 40, de fecha 19 de septiembre de 2012, se reprogramaron la Audiencia de Sustentación de Informe Pericial y la Cuarta Audiencia Especial de Ilustración.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito

¹ Teniendo en cuenta que los días 1, 2, y 8 de octubre fueron inhábiles para el Tribunal Arbitral, de conformidad con lo establecido en el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de fecha 13 de junio de 2011.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

por las partes; (ii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que Odebrecht presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que el Proyecto fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vi) que han presentado sus alegatos escritos y han informado oralmente en la Audiencia respectiva; y, (vii) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo Parcial dentro del plazo acordado con las partes.

CONSIDERANDO

1. Que Odebrecht interpuso demanda en contra del Proyecto, a efectos de que se declaren fundadas sus pretensiones.

Que, mediante Resolución n.º 28, de fecha 23 de mayo de 2012, modificada mediante Resolución n.º 30, de fecha 30 de mayo de 2012, el Tribunal Arbitral decidió emitir el presente Laudo Parcial, a efectos de resolver las siguientes pretensiones:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de abril de 2010, que deniega la Ampliación de Plazo n.º 21.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare aprobada parcialmente la Ampliación de Plazo n.º 21, por 235 días calendario, amparando el pronunciamiento técnico del Supervisor

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

de la Obra emitido con Carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 3 de abril de 2010.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare procedente, se reconozca y se pague los mayores gastos generales por 186 días calendario correspondientes a la Ampliación del Plazo n.º 21, ascendente a de S/. 5'801,742.25 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se que reconozca y ordene al Proyecto, el pago de los daños y perjuicios producto de la ejecución de la obra correspondiente al Presupuesto Adicional n.º 5, ascendente a S/. 5'801,742.25 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y ordene al Proyecto, el pago por concepto de enriquecimiento sin causa, al haber recibido una obra con valor superior al pagado por la misma, como consecuencia de la ejecución de la obra adicional correspondiente al Presupuesto Adicional n.º 5, la suma de a S/. 5'801,742.25 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que se ordene el pago, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios previsto en el artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de S/. 2'276,679.17 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y pague por concepto de enriquecimiento sin causa, derivado de la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables al Proyecto, la suma de S/. 2'276,679.17 incluido el IGV, más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha del pago efectivo.

NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca y ordene al Proyecto el pago de S/. 2'244,753.06 incluido el I.G.V., correspondiente a los metrados de obra ejecutados por indicaciones del Proyecto, más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se reconozca por concepto de daños y perjuicios derivados del hecho objetivo de los metrados de obra ejecutados por indicaciones del Proyecto y, como consecuencia de ello, se ordene al Proyecto el pago de S/. 2'244,753.06 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la existencia de enriquecimiento sin causa a favor del Proyecto, derivado del hecho objetivo de los metrados de obra ejecutados por sus indicaciones y, como consecuencia de ello, se ordene al Proyecto el pago de S/. 2'244,753.06 incluido el I.G.V., más los respectivos intereses que se generen hasta la fecha de pago efectivo.

DÉCIMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que a partir de la fecha de culminación del procedimiento administrativo de liquidación no existe obligación derivada del Contrato de Ejecución de Obra n.º 500-2008-GRSM-PEHCBM, pendiente de cumplimiento por parte de Odebrecht, que deba ser garantizada por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA DÉCIMO PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare que corresponde al Proyecto asumir los costos financieros de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato, a partir de la recepción de la obra sin observaciones y, en consecuencia, se disponga el pago del gasto efectuado por Odebrecht, más los respectivos intereses.

2. Que el emplazado, el Proyecto, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011; y a lo resuelto en la Resolución n.º 28, de fecha 23 de

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

mayo de 2012, modificada mediante Resolución n.º 30, de fecha 30 de mayo de 2012, el Tribunal Arbitral deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N.º 122-2010-GRSM-PECHBM/GS, DE FECHA 12 DE ABRIL DE 2010, A TRAVÉS DE LA CUAL EL PROYECTO DENEGÓ LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO N.º 21

Posición de Odebrecht

- 3.1. Que, como consecuencia de haberse aprobado el Presupuesto Adicional n.º 05 (mayores metrados de replanteo de Obra, mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de marzo de 2010), Odebrecht solicitó —mediante anotación en el Asiento n.º 773 del Cuaderno de Obra n.º 04, de fecha 13 de marzo 2010— la Ampliación de Plazo n.º 21.

Que mediante Carta n.º 093-2010/SISA-HOB, de fecha 27 de marzo de 2010, Odebrecht presentó a la Supervisión, el cálculo y la sustentación de la referida ampliación de plazo por 798 días calendario con reconocimiento de gastos generales.

- 3.2. Que, mediante Carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 3 de abril de 2010, la Supervisión remitió a la Entidad el expediente de la Ampliación de Plazo n.º 21, opinando que se debía conceder dicha ampliación por 235 días calendario, sin reconocimiento de mayores gastos generales.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, mediante Carta n.º 180-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 12 de abril de 2010, la Supervisión notifica a Odebrecht con la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de abril de 2010, que deniega la ampliación solicitada.

- 3.3. Que en la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG se señala, en base al Informe del Jefe de la Oficina de Asesoría Legal del Proyecto, que se habrían incumplido formalidades establecidas en Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que es improcedente la solicitud de ampliación.

Que el supuesto incumplimiento sería el hecho de que la cuantificación y sustentación de la solicitud, no habrían sido suscritas por el Ingeniero Residente de la Obra.

- 3.4. Que el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo.

Que el supuesto incumplimiento es inexistente, dado que el sustento y cálculo de la ampliación está debidamente suscrito por el representante legal de Odebrecht; a saber: por el Director de Contrato, ingeniero Ricardo Paredes Reyes.

- 3.5. Que los informes² de sustento señalados en la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG sólo insisten en la falsa motivación de

² Informe n.º 105-2010-GRSM-PEHCBM/DO, de fecha 12 de abril de 2010, emitido por la Dirección de Obras; Informe Legal n.º 039-2010-GRSM-PEHCBM/OAL de la misma fecha, emitido

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

una exigencia legal inexistente, lo que constituye una flagrante vulneración de la obligación de motivación de los actos administrativos.

- 3.6. Que, en otras oportunidades, el Proyecto trámited y aprobó mediante Resoluciones Gerenciales, ampliaciones de plazo, que se ciñeron a idéntica formalidad y cuya sustentación en su oportunidad estuvo suscrita por el Director de Contrato, el ingeniero Ricardo Paredes Reyes; a saber: solicitudes de ampliaciones de plazo n.º 22 y n.º 24.

Que la conducta de la Entidad (en cuanto a la supuesta exigencia formal no satisfecha) resulta manifiestamente contradictoria.

Que, en efecto, el Proyecto —aplicando correctamente la norma— aprobó las solicitudes de ampliaciones de plazo n.º 22 y n.º 24, a través de las Resoluciones Gerenciales n.º 131 y n.º 169-2010-GRSM-PEHCBM/GG, contraviniendo el Principio de los Actos Propios y vulnerando, además, la buena fe contractual.

- 3.7. Que la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG adolece de nulidad insalvable, al carecer de los requisitos de validez establecidos en los numerales 4) del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de conformidad con lo establecido por el numeral 2) del artículo 10 de la referida Ley.
- 3.8. Que, por otro lado, Odebrecht señala que el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no establece un

por la Oficina de Asesoría Legal; e Informe n.º 105-2010-GRSM-PEHCBM/JAAG de la misma fecha, emitido por el Coordinador de Obra (Administrador de Contrato).

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

plazo de caducidad (15 días hábiles siguientes a la comunicación denegando la ampliación), ya que dicho plazo sólo está establecido en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en cualquier momento antes de la culminación del contrato).

Que el artículo 259 del referido Reglamento es una norma optativa para la Entidad.

Posición del Proyecto

- 3.9. Que habiéndose aprobado el Presupuesto Adicional n.º 05, mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM, de fecha 12 de marzo de 2010, el Contratista anota en el Asiento n.º 773 del Cuaderno de Obra, de fecha 13 de marzo, que la aprobación del referido presupuesto amerita una ampliación de plazo.

Que, con fecha 27 de marzo del 2010, Odebrecht presenta a la Supervisora la Carta n.º 093-2010/SISA-HOB, adjuntando la documentación para la ampliación de plazo por 798 días calendario con reconocimiento de gastos generales.

Que, mediante Carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 3 de abril de 2010, la Supervisión remite a la Entidad el Expediente de Ampliación de Plazo n.º 21, opinando se conceda por 235 días calendario, sin reconocimiento de mayores gastos generales.

- 3.10. Que, como corresponde, dicho Expediente fue derivado al área técnica para su evaluación e informe. Así el Administrador del Contrato emite el

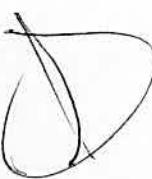
Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Informe n.º 064 -2010-PEHCBM-JAAG, de fecha 12 de abril de 2010, indicando que la solicitud debe ser procesada al amparo de lo dispuesto por el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Que si bien Odebrecht cumplió con la anotación en el cuaderno de obra, no observó lo dispuesto por el citado artículo en lo referente a la solicitud, la misma que debe contener la cuantificación y sustentación respectiva. Asimismo, dicha solicitud fue suscrita por una persona que carecía de representatividad para efectuar dicho acto jurídico (no fue suscrita por el Residente de la Obra).

Que, en consecuencia, dicha solicitud no podía ser atendida por la Entidad, razón por la cual fue declarada improcedente, de conformidad con el artículo 259 del Reglamento.

- 
- 3.11. Que esta opinión fue ratificada por el Director de Obras y por el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal, luego de revisar el Expediente.
 - 3.12. Que de haber tenido observaciones en torno a la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, Odebrecht debió someter esta controversia a conciliación y/o arbitraje, en un plazo de quince días de notificada la referida Resolución, tal como lo dispone el artículo 259 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y no tratar de sorprender al Tribunal con una pretensión que debe ser declarada inadmisible, por cuanto su derecho ha caducado.
- 

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.13. Que sobre las Resoluciones Gerenciales citadas por Odebrecht (en relación a las solicitudes de ampliación de plazo n.º 22 y n.º 24), el Proyecto señala que las mismas contemplan presupuestos distintos, además de ser resoluciones posteriores.

Que, en tal sentido, no es aplicable la Teoría de los Actos Propios invocada por la demandante. Además, estos hechos no cumplen con los requisitos que exigen la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de tal principio.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.14. Que, en primer lugar, cabe recordar que mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad deducida por el Proyecto en contra —entre otras— de la tercera pretensión principal.

Que, en tal sentido, no corresponde pronunciarse sobre la excepción de caducidad que ya fue desestimada por la extemporaneidad en que fue presentada.

- 3.15. Que, en relación al tema de fondo, debemos recordar que la Cláusula Décima Primera del Contrato establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA: PLAZOS
(...)
11.2. INICIO Y TÉRMINO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN
(...)»

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

El plazo sólo podrá ser ampliado en los casos contemplados en el artículo 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

(...».

Que, por su parte, el artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM (en adelante, la Ley)³ establece lo siguiente:

«Artículo 42.- Adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.

(...». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, el contratista tiene derecho a solicitar ampliaciones de plazo, en tanto se presente alguna de las causales contempladas por la normativa sobre contrataciones del Estado.

3.16. Que en la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, se señala lo siguiente:

«(...)

Que mediante Informe n.º 064-2010-PEHCBM-JAAG, de fecha 12/04/2010, el Coordinador de Obra (Administrador de contrato), señala que la presente petición debe ser procesada al amparo de lo

³ Ley aplicable al presente caso, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Séptima del Contrato.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

dispuesto por el artículo 259 del reglamento de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado (...).

Al respecto la empresa solicitante cumplió con lo concerniente a la anotación en el cuaderno de obra, sin embargo a (sic) incumplido lo dispuesto en la solicitud, cuantificación y sustentación respectiva, al no haber sido suscrita por el Ingeniero Residente en representación de contratista, la firma que aparece no corresponde al Ing. Antenor Kjuro Beizaga, tal como puede apreciarse en la petición respectiva, por cuyo motivo al no haberse observado la formalidad del procedimiento establecido por la norma, la petición no es atendible;

(...)

Que, mediante Informe Legal del visto, el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal del PEHCBM manifiesta que al no haberse cumplido con las formalidades en la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado es menester emitir la resolución correspondiente declarando improcedente la solicitud y denegando la ampliación de plazo en su totalidad.

(...)». (El subrayado y la negrita son nuestros).

- 3.17. Que, como se puede apreciar, el único argumento por parte del Proyecto para denegar la ampliación de plazo fue el tema de la no firma de la solicitud de ampliación por parte del Residente, lo que habría implicado no seguir el procedimiento establecido por el artículo 259 del Reglamento de la Ley, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento).⁴

Que, en tal sentido, en este punto controvertido, el Tribunal Arbitral deberá determinar si efectivamente la solicitud, cuantificación y sustentación de la Ampliación del Plazo n.º 21 presentada por Odebrecht cumplió con los requisitos establecidos por el artículo 259 del Reglamento, precepto que establece lo siguiente:

⁴ Reglamento aplicable al presente caso, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Séptima del Contrato.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

«Artículo 259.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, 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 haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

(...)». (El subrayado y la negrita es nuestro)

- 3.18. Que el procedimiento a cargo del contratista, establecido por el citado artículo 259, es el siguiente:

- El Residente deberá anotar en el Cuaderno de Obra, las circunstancias que podrían dar lugar a una ampliación de plazo; y
- El contratista o su representante legal deberá presentar la solicitud — sustentada y cuantificada — de ampliación de plazo.

- 3.19. Que, del Expediente de solicitud de ampliación, se aprecia que, mediante Asiento n.º 773 del Cuaderno de Obra, de fecha 13 de marzo de 2010, el Residente de Obra anota como causal de ampliación el haber aprobado el Presupuesto Adicional n.º 5, a través de la Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PECHBM/GG. En dicho asiento, se señala que las causales son las dispuestas en los numerales 1 y 2 del artículo 258 del Reglamento.⁵

⁵ «Artículo 258.- *Causales*

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, Odebrecht cumplió con este primer requisito de procedimiento para la solicitud de ampliación de plazo.

- 3.20. Que, mediante Carta n.º 093-2010/SISA-HOB, de fecha 27 de marzo de 2010, firmada por el Residente de Obra, ingeniero Antenor Kjuro Beizaga, se adjunta la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21, en la cual se aprecia la sustentación tanto legal como técnica y la cuantificación correspondiente.

Que dicha solicitud fue firmada por el Director de Contrato, ingeniero Ricardo Paredes Reyes.


Que, dentro de tal orden de ideas, Odebrecht también cumplió con el segundo requisito de procedimiento para la solicitud de ampliación de plazo.

- 3.21. Que, en efecto, el citado artículo 259 del Reglamento no establece expresamente que el Residente de Obra es el que deba solicitar, cuantificar y sustentar la ampliación de plazo; a diferencia, por ejemplo, para el caso de la anotación en el Cuaderno de Obra.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen (sic) el calendario de avance de obra vigente:

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;
- 2) Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;
- 3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados». (El subrayado es nuestro).

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.22. Que la persona que firma la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21, ingeniero Ricardo Paredes Reyes, tenía poderes de representación del demandante, otorgados específicamente para el Proyecto Cuñumbuque-Zapatero-San José de Sisa, tal como figura en el asiento C00139⁶ de la Partida Registral n.º 11000180 de la Zona Registral n.º V - Sede Trujillo.⁷

Que, en efecto, en el asiento C00139 se señala lo siguiente:

«(...)

Otorgamiento de facultades contractuales, de representación y financieras a los señores (...) Ricardo Antonio Paredes Reyes, única y específicamente en relación al Proyecto Sisa - Cuñumbuque.

(...) para que en nombre y representación de la Sociedad, única y específicamente en relación al Proyecto SISA-CUÑUMBUQUE, puedan individualmente y a sola firma, representarla ante cualquier organismo internacional, nacional, regional o local, autoridad municipal, empresas públicas o de economía mixta (...) cualquier otra institución pública o privada, dependencia del Estado, incluyendo pero sin limitarse a Consejos Regionales (...).

(...)

Por último, podrán practicar todos los demás actos que fueran necesarios para el fiel e integral cumplimiento de este mandato; que tendrá validez por un (1) año contado a partir de la suscripción de la presente acta (...). (El subrayado es nuestro).

Que, dentro de tal orden de ideas, el ingeniero Paredes tenía la calidad de representante legal de Odebrecht y, por lo tanto, el Contratista cumplió con las formalidades establecidas por el artículo 259 del Reglamento.

⁶ Registro de Personas Jurídicas; Rubro: nombramiento de mandatarios.

⁷ Poderes otorgados por Junta General de Accionistas, de fecha 22 de marzo de 2010 (5 días antes de la presentación de la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21).

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, carece de sustento la afirmación de la demandada, al señalar que la persona que firmó la solicitud, sustentación y cuantificación de la Ampliación de Plazo n.º 21, fue una ajena a la relación jurídica establecida entre las partes.

3.23. Que, por otro lado, si bien en el presente caso no corresponde la aplicación de la Teoría de los Actos Propios,⁸ el Tribunal Arbitral sí advierte un actuar contradictorio por parte del Proyecto, ya que denegó la Ampliación de Plazo n.º 21 (observando la supuesta falta de idoneidad en la firma de la solicitud) y luego aprobó las ampliaciones n.º 22 y n.º 24 (cuyas solicitudes, también fueron firmadas por el mismo profesional).

Que, en efecto, tanto la Carta n.º 099-2010/SISA-HOB, de fecha 31 de marzo de 2010,⁹ a través de la cual se presenta al Supervisor la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 22, como la solicitud misma, han sido firmadas y selladas por el ingeniero Paredes.

Que, asimismo, tanto la Carta n.º 129-2010/SISA-HOB, de fecha 29 de abril de 2010, a través de la cual se presenta al Supervisor la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 24, como la solicitud misma, han sido firmadas y selladas por el ingeniero Paredes.

⁸ Recordemos que los elementos son:

- (a) Una conducta vinculante;
- (b) Una pretensión contradictoria; y
- (c) Identidad de sujetos.

En el presente caso, no existe una conducta vinculante de parte del Proyecto, en tanto el demandado no había aceptado (previo a la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21) algún pedido de ampliación con la firma del Ingeniero Paredes.

⁹ Es decir, 4 días después de la presentación de la solicitud de la Ampliación de Plazo n.º 21.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, incluso, cabe resaltar que, en el caso de la Ampliación de Plazo n.º 21, la carta de remisión de la solicitud fue suscrita por el Residente; mientras que en los dos casos citados (ampliaciones n.º 22 y n.º 24) no.

Que, en ninguna de dichas ampliaciones, el Proyecto cuestionó las solicitudes por el hecho de haber sido firmadas por el Director de Contrato, y no por el Residente de la Obra.

3.24. Que habiéndose determinado que el procedimiento de solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 no fue realizado de manera contraria a lo dispuesto por el artículo 259 del Reglamento, corresponde verificar si la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG cumple con los requisitos de validez de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, o, si por el contrario, incurre en alguna de las causales de nulidad contempladas en la referida ley.

3.25. Que, en el ámbito de la contratación pública, todo acto administrativo debe ser congruente con lo dispuesto por la Ley de la materia y por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Que, en tal sentido, a efectos de su validez, la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG debe cumplir con lo dispuesto por ambas normas, para que la presunción de validez¹⁰ de la que gozan todos los actos administrativos no se vea afectada por un supuesto de anulabilidad o nulidad que la invalide.

¹⁰ El artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que «Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, según Orlando,¹¹ el acto administrativo es válido desde el momento en que se adecua perfectamente al molde de las exigencias del ordenamiento jurídico y del Derecho.

Que, asimismo, el artículo 8 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que es «válido el acto administrativo emitido conforme al ordenamiento jurídico».

- 3.26. Que, en ese sentido, Odebrecht señala que la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG es nula de pleno derecho, por incurrir en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General; a saber: no cumplir con la motivación, requisito de validez contemplado por el numeral 4 del artículo 3 de la referida ley.

Que, asimismo, el demandante sostiene que dicha Resolución Gerencial tiene una motivación falsa e ilegal por ampararse en un supuesto vicio de forma que no está contemplado por la norma.

- 3.27. Que el requisito de motivación de un acto administrativo supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación.¹²

¹¹ ORLANDO SANTOFIMIO, Jaime. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 234.

¹² CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. «La nulidad del acto administrativo». En: *Manual de la Ley del Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2011, p. 163.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que la motivación no sólo se limita a ser un requisito de la validez de un acto administrativo¹³ sino también una garantía del administrado de conocer cuál es el razonamiento seguido por la administración.

- 3.28. Que, tal como se ha señalado en los Considerandos 3.17. a 3.22. del presente Laudo, Odebrecht siguió el procedimiento establecido por el artículo 259 del Reglamento. Sin embargo, mediante Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, se rechazó la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 por un requisito de forma no contemplando por el referido artículo 259.

Que la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, al interpretar equivocadamente los alcances del artículo 259 del Reglamento, tuvo una motivación contraria a dicha disposición normativa.

Que al carecer de una motivación válida, dicha Resolución Gerencial incurre en una causal de nulidad, de conformidad con lo establecido por el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; a saber: la contravención de normas reglamentarias y la carencia de uno de los requisitos de validez.

- 3.29. Que, en consecuencia, corresponde amparar la tercera pretensión principal de Odebrecht y declarar la nulidad de la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

¹³ El inciso 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo en General establece —como uno de los requisitos de validez del acto administrativo— que «deba estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR APROBADA PARCIALMENTE LA AMPLIACIÓN N.º 21, POR 235 DÍAS CALENDARIO, AMPARANDO EL PRONUNCIAMIENTO TÉCNICO DEL SUPERVISOR DE LA OBRA EMITIDO CON CARTA N.º 157-2010/HOB-0808-S/JS, DE FECHA 3 DE ABRIL DE 2010

Posición de Odebrecht

3.30. Que, en caso se ampare el punto controvertido anterior, correspondería aprobar parcialmente la Ampliación de Plazo n.º 21 por 235 días calendario, en base al pronunciamiento técnico de la Supervisión, emitido mediante Carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JS.

Que ello corresponde al haberse cumplido con lo dispuesto por los artículos 42 de la Ley, 258 y 259 del Reglamento. Asimismo, por lo dispuesto en el numeral 4.10 de las Bases Integradas, y en el numeral 11 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato.

3.31. Que el Supervisor coincide en que la ejecución del Adicional n.º 05 es causal de ampliación de plazo, habida cuenta de que la ejecución de las partidas que la componen modifican y afectan la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra Actualizado.

Que, según señala el Supervisor, el Contratista ejecutará las partidas de dicho adicional con el mismo equipo que viene ejecutando las actividades de la obra principal, lo que no permite la ejecución simultánea de las partidas involucradas, comprometiendo la terminación de las mismas dentro del plazo contractual vigente.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en efecto, en cuanto a la incidencia del adicional n.º 05 en el Calendario de Avance de Obra actualizado, el Supervisor anota que la ejecución más temprana posible es del 13 de marzo al 7 de noviembre de 2010 (240 días calendario); sin embargo, advierte que sus partidas no se pueden ejecutar en forma simultánea con las partidas del Contrato original, en tanto no estaba previsto en el presupuesto adicional la movilización de mayor equipo para la ejecución de las respectivas actividades. Ello obliga a que la ejecución de las partidas del adicional n.º 05 se ejecuten interrumpiendo la ejecución de las partidas del Contrato, para luego retomar la ejecución de éstas.

Que, como conclusión, el Supervisor se pronuncia por la procedencia de otorgar 235 días calendario de Ampliación de Plazo n.º 21 como consecuencia de ejecución de las obras del Adicional n.º 05, sin reconocimiento de mayores gastos generales.

- 
- 3.32. Que de los 235 días aprobados, sólo 49 días corresponden a la ejecución propiamente del adicional n.º 05 y cuentan con presupuesto específico. Sin embargo, se deniega el reconocimiento de mayores gastos generales por los 186 días restantes.
 - 3.33. Que se debe tener en cuenta el pronunciamiento del Supervisor (quien se pronunció por la procedencia de la solicitud de ampliación), dado que es el representante técnico de la Entidad.

Que la discrepancia versa sobre la cuantificación del plazo que corresponde otorgar, toda vez que Odebrecht solicitó 798 días y el



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Supervisor determinó que la afectación sólo comprendía 235 días calendario. No está en discusión la procedencia de la ampliación.

- 3.34. Que para ejecutar los metrados del contrato principal correspondientes al sector comprendido entre el Km. 33 y el Km. 45, se tenían que ejecutar previamente los metrados del Presupuesto Adicional n.º 05, por lo que recién a partir de la aprobación de dicho adicional (ocurrida el 12 de marzo de 2010), el Contratista estaba facultado para ejecutar los metrados del Presupuesto Adicional n.º 05.
- 3.35. Que las partidas y los metrados que recién se podían ejecutar, una vez ejecutado el adicional eran:

Partida	Descripción	Metrado (M1)	Metrado P.A. Nº 05 (M2)	Metrado Total (MT=M1+M2)
2.06	Excavación en explanaciones en roca	20,138.40	3,676.52	23,814.92
2.07	Excavación en explanaciones en material común	194,401.06	24,315.56	218,716.62
2.10	Remoción de material saturado	13,093.42	14,890.31	27,983.73
2.11	Terraplenes	44,143.45	28,092.36	72,235.81
5.16	Sub dren profundo	809.88	1,146.84	1,956.72
3.01	Sub base granular	35,571.94		35,571.94
3.02	Base granular	24,891.84	583.10	25,474.94
4.01	Imprimación asfáltica	94,506.78	2,244.72	96,751.50
4.03	Pavimento de concreto asfáltico en caliente	4,590.64	2.39	4,593.03
6.02	Transporte de material granular a más de 1 Km.	3,630,241.45	750,274.25	4,380,515.70

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

6.04	Transporte de escombros a más de 1 Km.	185,010.08	1,001,103.52	1,186,113.60
------	--	------------	--------------	--------------

- 3.36. Que sólo la ejecución de la partida 6.04 «Transporte de escombros a más de 1 Km.» requiere de un plazo de setecientos sesenta y cuatro (764) días para su ejecución.

Que, no obstante, tomando en cuenta los tiempos de ejecución de las demás partidas del Presupuesto Adicional n.º 05 y los metrados del Contrato principal correspondientes al sector comprendido entre el Km. 33 y el Km. 45 (que no se podían ejecutar sin la aprobación previa del Presupuesto Adicional n.º 05), así como su secuencia lógica de ejecución, se determina que la ejecución del citado adicional desplaza la fecha de término del plazo contractual ampliado desde el 2 de julio de 2010 al 7 de septiembre de 2012, lo que equivale a un plazo adicional de setecientos noventa y ocho (798) días calendario.

- 3.37. Que, por su parte, el Supervisor determina que la partida más afectada es la 6.04 «Transporte de escombros a más de 1 Km.», recomendando otorgar una ampliación de plazo de doscientos treinta y cinco (235) días; sin embargo, la metodología seguida por el Supervisor es errada.

Que el método utilizado por el Supervisor para determinar el número de días de ampliación de plazo (en función del rendimiento consignado en los Análisis de Precios Unitarios) es técnica y legalmente errado; sin embargo, Odebrecht a pesar de ello acepta el pronunciamiento del Supervisor en cuanto a que debe otorgarse 235 días de ampliación de plazo.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Posición del Proyecto

- 3.38. Que la Resolución General que denegó la ampliación de plazo no fue sometida a conciliación, ni mucho menos a arbitraje, dentro de los quince días hábiles posteriores a la comunicación de tal decisión, tal como lo prescribe la parte final del artículo 259 del Reglamento, la Opinión n.º 045-2011/DTN emitida por el OSCE y las Bases de la Licitación.
- 3.39. Que el tratamiento dado por la entidad se ajusta a lo previsto por el Contrato y la legislación aplicable. De acuerdo a ello, se resolvió la solicitud de ampliación de plazo y se mantuvo la posición cuando este tema fue incluido en la liquidación.
- 3.40. Que la pretensión del contratista, además de ilegal según las normas antes mencionadas, atenta contra la estabilidad jurídica de los contratos de ejecución de obras, en lo concerniente a plazos.

Que una resolución cuestionada y modificada en la liquidación, daría lugar a revisar todas las solicitudes de ampliación de plazo posteriores. Al modificarse una resolución previa, en cualquier sentido, se alteraría necesariamente el calendario de avance de obra valorizado.

- 3.41. Que el Tribunal no puede amparar un pedido extemporáneo que, de acuerdo a ley, es caduco, ya que lo contrario sería fomentar el uso abusivo del derecho y generar una inestabilidad jurídica.

Posición del Tribunal Arbitral

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.42. Que, en primer lugar, cabe reiterar que mediante Resolución n.º 4, de fecha 23 de septiembre de 2011, se declaró improcedente —por extemporánea— la excepción de caducidad deducida por el Proyecto en contra —entre otras— de la tercera pretensión principal.

Que, en tal sentido, no corresponde pronunciarse sobre los cuestionamientos sobre caducidad del Proyecto que ya fueron desestimados por la extemporaneidad de su presentación.

3.43. Que, por otro lado, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

Que, habiendo sido amparada la tercera pretensión principal, corresponde también amparar la pretensión accesoria de dicha pretensión principal.

3.44. Que, sin perjuicio de ello, cabe reiterar —tal como se ha desarrollado en los Considerandos 3.17. a 3.22. del presente Laudo— que la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 cumplió con el procedimiento establecido por el artículo 259 del Reglamento; sin embargo, fue incorrectamente denegada por un supuesto vicio formal.

Que, en tal sentido, correspondía que el Proyecto hubiese emitido un pronunciamiento sobre el fondo de dicha solicitud de ampliación de plazo.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sobre el particular, la Supervisión¹⁴ señala que Odebrecht cumplió las formalidades contractualmente establecidas y que correspondía analizar dicha solicitud, concluyendo en lo siguiente:

«IV. CONCLUSIONES

- a) El Contratista ha cumplido con lo establecido por el Artículo 259 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, presentando la documentación sustentatoria, dentro del plazo establecido en dicho dispositivo, previa anotación en el Cuaderno de Obra.
(...)
- d) Como consecuencia de lo expuesto en los numerales anteriores, la Supervisión en el plazo indicado en el segundo párrafo del 259 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se pronuncia por la procedencia de otorgar Doscientos Treinta y Cinco (235) días calendario de Ampliación de Plazo n.º 21 por "Ejecución de las Obras del Adicional n.º 5" sin el Reconocimiento de Mayores Gastos Generales, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con lo cual la fecha de término de la Obra quedaría desplazada al 10.MAR.11.».

- 3.45. Que, como sabemos, el Supervisor —especialmente contratado por el Proyecto— es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y por el cumplimiento del Contrato.

Que el Supervisor recomendó conceder únicamente 235 días, plazo que ha sido aceptado por Odebrecht.

¹⁴ Mediante carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JJS, de fecha 3 de abril de 2010.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.46. Que, sobre el particular, cabe recordar que el Proyecto únicamente ha cuestionado, en su escrito de contestación de demanda, la oportunidad en que Odebrecht ha sometido a arbitraje la controversia, sin entrar a desarrollar el fondo del tema (es decir, aspectos técnicos que pudieran acreditar que no correspondería conceder a Odebrecht ni siquiera los 235 días calendario que establece la Supervisión).

Que, recién, en la Segunda Audiencia de Ilustración, de fecha 3 de abril de 2012, el Proyecto expone el tema de una supuesta carencia de sustento legal y técnico del pedido de Ampliación de Plazo n.º 21.

Que, en base a la Opinión n.º 24-2009 emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, el Proyecto señala que sólo corresponde ampliación de plazo cuando exista atraso en la ejecución de la obra. Según el Proyecto, no existe la causal de atraso invocada por el Contratista para solicitar la ampliación de plazo.

Que, en dicha Audiencia, el Proyecto también cuestionó lo señalado en el Informe de Supervisión, en lo relativo al tema de la formalidad de la solicitud y al de la cuantificación de la ampliación (porque se habría calculado en base al tiempo de duración de la Partida 6.04, lo cual sería contrario a lo señalado en la especificación técnica de la partida).¹⁵

Que, al respecto, en la referida Audiencia, Odebrecht señaló que se ha demostrado tanto con su solicitud como con el Informe de la Supervisión,

¹⁵ Recién en los alegatos, presentados con fecha 24 de julio de 2012, el Proyecto desarrolla —por escrito— sus cuestionamientos técnicos, a efectos de acreditar «lo absurdo» de la pretensión de Odebrecht.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

que sí se afectó la ruta crítica en base al Calendario de Avance de Obra vigente (el que resultó de la Ampliación de Plazo n.º 18).

- 3.47. Que, de la documentación que obra en el expediente arbitral, así como de las audiencias realizadas en el presente arbitraje, ha quedado establecido que la ejecución del adicional tuvo incidencia en la ejecución de las partidas del Contrato, ya que no se podían ejecutar de manera paralela. En tal sentido, la ejecución del adicional implicaría que se atrasaran otras partidas, en tanto se iban a emplear los vehículos y personal ofertado por Odebrecht.

Que si bien el Proyecto ha explicado las supuestas incongruencias técnicas en las que incurrierían tanto Odebrecht como el Supervisor, al momento de cuantificar la ampliación de plazo (la afectación de la ruta crítica), dicha explicación no ha generado convicción en el Tribunal Arbitral, ya que no pasan de ser afirmaciones de parte que debieron ser respaldadas con medios probatorios.

Que no resulta convincente que la ejecución de un adicional con la misma cantidad de vehículos y personal que el ofertado para la ejecución de las partidas originales del Contrato, no implique afectación alguna al Calendario de Avance de Obra vigente, como pretende el Proyecto.

Que sí ha generado convicción en el Tribunal Arbitral, lo desarrollado en el Informe de la Supervisión, la cual únicamente concede 235 días calendario de los 798 solicitados por Odebrecht.

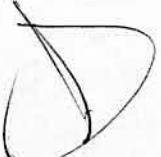
Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.48. Que, en tal sentido, corresponde declarar aprobada parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21 por 235 días calendario.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR PROCEDENTE, RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO, EL PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR 186 DÍAS CALENDARIO, CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N.º 21, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 5'801,742.25 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.49. Que el plazo necesario para la ejecución de las actividades específicas del Adicional n.º 05 es de 49 días; y el impacto en las actividades constructivas previstas en el calendario de la obra implican 798 días de ampliación de plazo.


Que aún cuando Odebrecht estima que le asiste la razón técnica, ha convenido en aceptar como valedero el criterio del Supervisor (manifestado en la Carta n.º 157-2010/HOB-0808-S/JS, de fecha 3 de abril de 2010), en tanto determina que la causal invocada es válida para el otorgamiento de la ampliación (aunque por menos días que los solicitados).

Que, sin embargo, Odebrecht no acepta el erróneo criterio del Supervisor, al recomendar la aprobación de la ampliación de plazo por 235 días calendario, sin reconocimiento de mayores gastos generales.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.50. Que Odebrecht incorpora en la Liquidación Final de Obra únicamente el gasto general correspondiente a 186 días, es decir, los 49 días de la ejecución del Adicional n.º 05 que cuentan con presupuesto específico (en tanto, resulta aplicable la excepción establecida en el párrafo segundo del artículo 260 del Reglamento).
- 3.51. Que el Supervisor de la obra invoca en su pronunciamiento lo establecido en el ítem 1 del artículo 258 del Reglamento, en donde se tipifican como causales de ampliación de plazo, atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista; y en el tercer párrafo del artículo 259 del Reglamento, que establece que la ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del calendario de avance de obra.

Que, sin embargo, el Supervisor omite la aplicación de la primera parte del primer párrafo artículo 260 del Reglamento, que establece que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales.

- 3.52. Que habiendo determinado que la afectación a la ruta crítica de la obra comprendía 235 días calendario, de los cuales sólo 49 días corresponden a la ejecución específica del Adicional n.º 05, no es posible que el Supervisor deniegue los gastos generales por los otros 186 días, que si bien corresponden al impacto del referido Adicional, no forman parte de los alcances de aquél y menos cuentan con presupuesto específico.

Que los gastos generales por los 186 días, ascienden a S/.5'801,742.25 incluido el I.G.V., según el siguiente cálculo:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACION DE PLAZO N°21

Item	Descripción	MONTO SI.
A	Gastos Generales del Contrato	11,260,131.19
B	Número de días del Plazo Contractual	450
C = A / B	Gasto General Diario	25,022.51
	Días de Ampliación de Plazo reconocido por la Supervisión (a)	235
	Días para la Ejecución del Adicional N°5 (b)	49
D	Días de ampliación de plazo de reconocimiento de GG. (a-b)	186
GG = C x D	MAYORES GASTOS GENERALES POR AP. N°21	4,654,187.56
X	Índice 39 de Junio'10	352.39
Y	Índice 39 a Junio'08	336.40
GG x (X / Y)	MAYORES GASTOS GENERALES REAJUSTADO (MGGR)	4,875,413.66
	I.G.V. 19%:	926,328.59
	MONTO TOTAL FACTURABLE:	5,801,742.25

- 3.53. Que, por otro lado, en torno a la caducidad invocada por el Proyecto, Odebrecht señala que el artículo 259 del Reglamento está referido únicamente a las ampliaciones de plazo y no a los gastos generales. Asimismo, dicho artículo es optativo para la Entidad.

Que, en ningún caso, el referido artículo 259 se refiere a un plazo de caducidad, ya que la caducidad está establecida en el numeral 53.2. de la Ley (cuquier momento antes de la culminación del contrato).

Posición del Proyecto

- 3.54. Que el Proyecto resolvió la solicitud de ampliación de plazo, de acuerdo a lo estipulado en el punto 4.20 de las Bases, que son parte integrante del Contrato y lo dispuesto por la normatividad.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, dicha solicitud de ampliación de plazo fue declarada improcedente y, por lo tanto, no corresponde reconocimiento y pago de mayores gastos generales, pues de acuerdo al artículo 260 del Reglamento, el reconocimiento constituye un efecto de la modificación del plazo contractual, lo cual no ha ocurrido en esta oportunidad.

Que aun en el supuesto de que hubiere existido una ampliación para el presente caso, éste —por ser derivado de un adicional con presupuesto específico— no genera mayores gastos generales.

- 3.55. Que la Entidad canceló los gastos generales correspondientes a los 49 días que se encuentran incorporados en los gastos generales del Adicional n.º 05.
- 3.56. Que la Contratista está quebrantando el principio de buena fe que se deben las partes a lo largo del contrato.

Que, como el Tribunal Arbitral podrá observar, en un Contrato ascendente a S/.109'561,076.52 y por un plazo de ejecución de 450 días, solicitar una ampliación de plazo por 798 días, con reconocimiento de gastos generales para ejecutar un adicional por S/.7'438,443.4, resulta contrario a la justicia, la buena fe y a todas luces un abuso del derecho.

Que dicha vulneración al principio de la buena fe se evidencia si se tiene en cuenta que la ejecución de la partida 6.04 «Transporte de escombros a más de un km.» (actividad crítica según la versión de Odebrecht y para la cual reclamó un periodo de ejecución de 764 días), fue ejecutada en 19

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimbachi

días, tal como se aprecia en la valorización del 100% del Adicional n.º 5 (marzo de 2010).

Que, en efecto, los gastos generales variables, por definición, están directamente relacionados con el tiempo de ejecución; con lo cual queda desvirtuada la petición del contratista.

Posición del Tribunal Arbitral

3.57. Que el artículo 260 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual
Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos que cuenten con presupuestos específicos. En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados».
(El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, el citado artículo 260 establece dos supuestos a efectos del reconocimiento de mayores gastos generales; a saber:

- (i) Las ampliaciones que no se generan por paralización de la obra por causa atribuible al contratista; y
- (ii) Las ampliaciones que sí se generan por paralización de la obra por causa atribuible al contratista.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que en el supuesto (i) corresponderá que la Entidad pague los mayores gastos generales sin necesidad de acreditación alguna; mientras que en el supuesto (ii) corresponderá que la Entidad pague los mayores gastos generales en tanto se hayan acreditado.

Que, en el presente caso, no estamos en el supuesto (ii), dado que la ampliación no se ha generado por una paralización de la obra, sino por la ejecución del Adicional n.º 05.¹⁶

Que, en tal sentido, al presente caso le correspondería lo establecido en el primer párrafo del artículo 260, es decir, pago sin necesidad de acreditación.

- 3.58. Que, en el literal A del ítem II «Solicitud presentada por el contratista» del informe emitido por el Supervisor, se señala lo siguiente:

«(...)

Al respecto, la interpretación del Artículo 258 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado (sic), en opinión de la Supervisión ubica la causal de la presente solicitud en el ítem 1) “Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista” dado que en el Artículo 259 del TUO (sic) se contempla lo siguiente: “La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo si éstas conllevan la modificación del calendario de avance de obra”. (El subrayado es nuestro).

Que, en el literal C del ítem III «Análisis» del informe del Supervisor, se analiza el sustento técnico de la solicitud, la cuantificación de la prórroga

¹⁶ Recordemos que el artículo 259 del Reglamento establece que «la ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del calendario de avance de obra».

En el Considerando 3.48. del presente Laudo, se concluyó que, de conformidad con lo señalado por el Supervisor, correspondía una ampliación de plazo de 235 días como consecuencia de la ejecución del adicional.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

solicitada y la afectación de las partidas contractuales vigentes. Asimismo, en el referido ítem, se analiza la incidencia en el Calendario de Avance de Obra actualizado.

Que, sin embargo, sin análisis alguno sobre los mayores gastos generales solicitados por Odebrecht, el Supervisor —en el literal d) del ítem IV «Conclusiones»— concluye que corresponde la ampliación por 235 días calendario, sin el reconocimiento de mayores gastos generales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 260 del Reglamento.

Que, en otras palabras, el Supervisor no sustenta el por qué no correspondería el pago de mayores gastos generales.

- 3.59. Que, en tal sentido, si bien el Tribunal Arbitral considera que sí corresponde el pago de mayores gastos generales (sin necesidad de acreditarlos, de conformidad con lo señalado en el Considerando 3.57. del presente Laudo), analizará si dichos gastos generales deben ser calculados por el íntegro de los 235 días de ampliación concedidos o por un tiempo menor.
- 3.60. Que mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de marzo de 2010, se aprueba el Adicional de Obra n.º 05 por mayores metrados por replanteo de la obra, ascendente a S/.7'438,443.20. Cabe precisar que en dicha Resolución no se hace referencia al plazo de ejecución de dicho adicional.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rímachi

Que, sin embargo, en el numéral 2 del literal C, del ítem III «Análisis» el Informe elaborado por la Supervisión,¹⁷ se señala lo siguiente:

«Para la elaboración del cronograma de ejecución del adicional n.º 05, se ha tomado los rendimientos considerados en los análisis de los P.U. ofertados por el Contratista, que constituye un documento contractual. Este cronograma forma parte del Adicional n.º 05, cuya ejecución está previsto (sic) en 49 días calendario y que con la aprobación mediante R.G. n.º 084-2010-GRSM». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, el adicional se debió ejecutar en 49 días calendario; sin embargo, el Supervisor ha indicado, también, que a Odebrecht le correspondería una ampliación de plazo de 235 días calendario por la ejecución de dicho adicional.

Que, en otras palabras, de los 235 días calendario 49 ya cuentan con un presupuesto propio; a saber: el aprobado mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

Que, en tal sentido, quedarían 186 días calendario que no cuentan con un presupuesto propio y que, por lo tanto, correspondería calcularles los mayores gastos generales, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 260 del Reglamento.

- 3.61. Que, según lo señalado por Odebrecht, el cálculo de los mayores gastos generales por los 186 días calendario, ascendería a S/.5'801,742.25 (incluido el I.G.V.); monto que no ha sido cuestionado por el Proyecto.¹⁸

¹⁷ En torno a la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21.

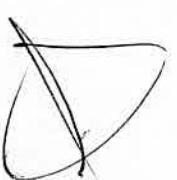
Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, corresponde ordenar al Proyecto que pague a favor de Odebrecht la suma de S/.5'801,742.25, por concepto de mayores gastos generales.

- 3.62. Que, en relación a los intereses, al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago — precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:


«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).»

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para los efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

¹⁸ Cabe reiterar que el Proyecto únicamente ha cuestionado la oportunidad en que Odebrecht ha sometido a arbitraje la controversia, sin entrar a desarrollar el fondo del tema (es decir, aspectos técnicos que pudieran acreditar que no correspondería pagar los S/.5'801,742.25).

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.

3.63. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.¹⁹ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago de los S/. 5'801,742.25.

3.64. Que, dentro de tal orden de ideas, también corresponde amparar la cuarta pretensión principal de Odebrecht.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS, PRODUCTO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA CORRESPONDIENTE AL PRESUPUESTO ADICIONAL N.º 5, POR LA SUMA DE S/. 5'801,742.25 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

¹⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Posición de Odebrecht

- 3.65. Que en el improbable y negado caso de que el Tribunal Arbitral no ampare la cuarta pretensión principal, éste deberá tener en cuenta que Odebrecht ha sufrido un evidente perjuicio por el no pago de los S/.5'801,742.25.

Que, en ese sentido, se solicita se reconozca y pague por los mayores costos asumidos como consecuencia de la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21, los cuales se encuentran reflejados en la liquidación de gastos generales.

- 3.66. Que, por otro lado, se configuran los factores de atribución subjetivos y objetivos que imputan al Proyecto el deber de indemnizar, en vista de que frente a la falta de pago de los mayores gastos generales se configura el evento dañoso, que no mantiene la equivalencia de las prestaciones, lo que manifiesta un incumplimiento flagrante de las estipulaciones contractuales. Por lo que se acredita el evento dañoso, su existencia y cuantía; así como los factores de atribución y la injusticia por los daños sufridos.

Posición del Proyecto

- 3.67. Que la responsabilidad civil se da a raíz de una acción u omisión que genera un daño a una persona o su patrimonio, lo que conlleva a la obligación de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio, en favor del sujeto que experimentó las consecuencias dañosas. Por lo tanto, en la responsabilidad contractual nace como consecuencia de la violación de un vínculo jurídico obligatorio originado por un contrato existente entre las partes.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.68. Que, para que se configure la responsabilidad contractual se debe contar con los presupuestos siguientes: (i) el daño, (ii) la imputabilidad, (iii) la ilicitud o antijuridicidad, (iv) el factor de atribución y (v) el nexo causal. Los anteriores son elementos que Odebrecht no ha acreditado fehacientemente, por lo que no cabría posibilidad alguna de responsabilidad contractual.
- 3.69. Que, en todo momento, el Proyecto actuó amparado en el Derecho. Asimismo, Odebrecht no logró sustentar la supuesta negligencia que cometió el Proyecto, para que se registre la situación dañosa que alega. En ese mismo sentido, tampoco acreditó la supuesta falta de diligencia debida con la que actuó la Entidad y que sería motivo de responsabilidad.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.70. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.57. a 3.64. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de los mayores gastos generales que corresponden ser pagados por el Proyecto a favor de Odebrecht.

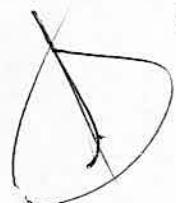
Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, asimismo, se concluyó que correspondía amparar la cuarta pretensión principal, por lo que carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERIVADO DEL HECHO DE HABER RECIBIDO UNA OBRA CON UN VALOR SUPERIOR AL PAGADO POR ÉSTA, COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN DE OBRA CORRESPONDIENTE AL PRESUPUESTO ADICIONAL N.º 5, ASCENDENTE A S/. 5'801,742.25 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 
- 3.71. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal desestime la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, éste tenga en cuenta que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada. Ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.
 - 3.72. Que el Proyecto se ha negado a reconocer y pagar los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo n.º 21. Por lo tanto, no ha pagado el valor total de la obra ejecutada por los costos incurridos para su ejecución. En consecuencia, el monto a pagar es por S/. 5'801,742.25, cuyo cálculo no ha sido materia de objeción alguna.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.73. Que el Proyecto se ha enriquecido con obras pagadas por debajo de su valor. Es decir, se ha enriquecido a expensas de un mayor costo necesario para la ejecución de la obra contratada. Por lo tanto, no existe causa que justifique este enriquecimiento. Lo que representa una situación de injusticia que debe resarcirse.
- 3.74. Que, finalmente, esta pretensión tiene carácter residual, en la medida de que no existe ninguna otra acción legal que le permita obtener el resarcimiento solicitado. En consecuencia, esta pretensión subordinada cobrará vigencia en tanto se desestime la cuarta pretensión principal y su primera subordinada.

Posición del Proyecto

- 3.75. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- i) El enriquecimiento del demandado; debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- ii) El daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- iii) La correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- iv) La ausencia de justa causa.
- v) La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.76. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955 del Código), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.77. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011,

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.57. a 3.64. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de los mayores gastos generales que corresponden ser pagados por el Proyecto a favor de Odebrecht.

Que, asimismo, se concluyó que correspondía amparar la cuarta pretensión principal, por lo que carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal.

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO POR CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS PREVISTO EN EL ARTÍCULO 240 DEL REGLAMENTO, ASCENDENTE A S/. 2'276,679.17 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.78. Que Odebrecht solicita el resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la entidad.

3.79. Que el artículo 240 del Reglamento contempla un mecanismo que opera a favor del Contratista en caso se produzca la demora, por causa imputable a

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

la Entidad, de hacer efectivos todos los requisitos contemplados para la entrada en vigencia del plazo contractual en los contratos de obra.

Que el párrafo segundo de dicho artículo señala que las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de la obra deberán ser cumplidas, dentro de los quince días, contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato.

Que una de las condiciones es la entrega del adelanto al contratista, la cual está taxativamente señalada en el numeral 5) del párrafo precedente de la norma en cuestión.

Que el párrafo siguiente del artículo 240 sanciona el incumplimiento de esta disposición por parte de la Entidad y otorga al Contratista el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios.

- 3.80. Que el plazo de 15 días posteriores a la culminación del plazo para el cumplimiento de las condiciones necesarias para el inicio de la ejecución de la obra, constituye un periodo en beneficio de la Entidad, para la subsanación de su incumplimiento, siendo que la norma establece que vencido este plazo de gracia el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad, es decir además del resarcimiento de daños y perjuicios.
- 3.81. Que a través de la Resolución Gerencial n.º 399-2010-GRSM-PEHCBM/GG (cuya nulidad es materia de la primera pretensión principal), el Proyecto reitera la denegatoria del reclamo planteado por Odebrecht, mediante Carta n.º 07-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 8 de

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

junio de 2010, complementada con Carta n.º 08-2010-SISA-PEHCBM, de fecha 11 de junio de 2010.

- 3.82. Que la Entidad —apoyándose en un análisis ligero de la Supervisión (quien para todo efecto práctico es el representante de la Entidad en la obra)— concluye que el resarcimiento solicitado carece de fundamento legal y que, por lo tanto, no procede el reconocimiento de pago alguno por este concepto, de conformidad a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 240 del Reglamento.
- 3.83. Que, según la Supervisión, el derecho de resarcimiento de daños y perjuicios recién entraría en vigencia a partir de vencidos los 30 días calendario contados desde el día siguiente de la fecha de firma del Contrato.

Que, desde la errónea perspectiva de la Supervisión, siendo la fecha de suscripción del contrato el 10 de diciembre de 2008 y la fecha de abono del adelanto el 29 de diciembre de 2008 (es decir, transcurridos sólo 19 días desde la firma del Contrato), el adelanto habría sido entregado dentro del plazo de 15 días posteriores al vencimiento del primer plazo de 15 días señalados en el párrafo segundo del referido artículo 240.

Que, en consecuencia, a entender del Supervisor, no se habría configurado el supuesto para el resarcimiento de daños y perjuicios por cuanto el adelanto fue entregado dentro de los 30 días previos al inicio de la obligación de resarcimiento.

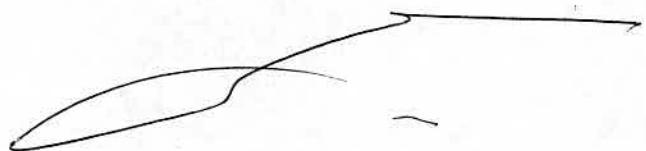
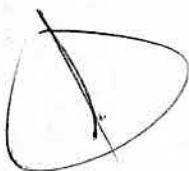
Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.84. Que, con fecha 10 de diciembre de 2008, se suscribió el Contrato; luego de la firma y de haberse cumplido las condiciones estipuladas en el artículo 240 del Reglamento, se dio inicio a la Obra el 30 de diciembre de 2008, es decir, 20 días después.

Que la entrega del adelanto se realizó el 29 de diciembre de 2008, es decir, transcurridos más de siete días de haber recibido la garantía correspondiente y 4 días del vencimiento del plazo de 15 días previsto en el artículo 240 del Reglamento.

- 3.85. Que los daños y perjuicios derivados de la demora están debidamente acreditados con la documentación acompañada a la Liquidación Final de obra, como la Memoria Descriptiva Valorizada, los Informes de la Supervisión y otros.
- 3.86. Que el monto reclamado ascendente a S/. 2'276, 679.17, resulta del cálculo de la penalidad de 5/1000 del monto del Contrato (reajustado con la formula polinómica pactada más el Impuesto General a las Ventas), por día de retraso, esto es, 4 días, según el siguiente detalle:



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

FECHA DE FIRMA DEL CONTRATO :	10-dic-08
LÍMITE DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES (a):	25-dic-08 15 días
CUMPLIMIENTO REAL DE LAS CONDICIONES (b):	29-dic-08 19 días
DÍAS DE PENALIDAD (c = a - b):	04 días
MONTO DEL CONTRATO (d):	S/. 92,068,131.53
% PENALIDAD (e):	5/1000
MONTO DE PENALIDAD (f = c x d x e):	S/. 1,841,362.63
K reajuste Dic'08 [K-1]:	0.039
MONTO DE PENALIDAD REAJUSTADO(MPR):	S/. 1,913,175.77
I.G.V. 19.00%:	S/. 363,503.40
MONTO TOTAL FACTURABLE:	S/. 2,276,679.17

Que la acreditación de daños y perjuicios y el cálculo no han sido objeto de impugnación por parte del demandado.

- 3.87. Que, en la Audiencia de Ilustración de fecha 8 de mayo de 2012, el Proyecto planteó un nuevo argumento, a saber: que el día de vencimiento del plazo de 15 días coincidió con el feriado del 25 de diciembre de 2008, por lo que su obligación se habría trasladado para el primer día útil siguiente, es decir, para el 29 de diciembre de 2008.²⁰

Que la declaración como feriado del 26 de diciembre afectaba a la administración pública y no al Contrato.

- 3.88. Que, por otro lado y en relación a la caducidad argumentada por el Proyecto, se señala que el artículo 257 del Reglamento está referido a formulación, aprobación o valorización de metrados. Dicho artículo no se

²⁰ En tanto el viernes 26 de diciembre fue declarado feriado para la administración pública y los días 27 y 28 fueron sábado y domingo, respectivamente.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

refiere a un plazo de caducidad para reclamar la indemnización de daños y perjuicios establecido en el artículo 240 del Reglamento.

Que el plazo de caducidad es el establecido por el artículo 53.2. de la Ley (se puede someter a arbitraje una controversia en cualquier momento antes de la culminación del Contrato).

Posición del Proyecto

- 3.89. Que con posterioridad a la culminación de la obra, el contratista formula, entre otros, una reclamación por la demora en la entrada en vigencia del plazo contractual por causas imputables a la Entidad. Dicha pretensión fue denegada mediante Resolución Gerencial n.º 263-2010-GRSM-PEHCBM/GG, notificada el 15 de julio del 2010, y no fue objetada en momento alguno. Sin embargo, la pretensión fue incluida nuevamente en la Liquidación de Obra, donde igualmente fue denegada.

- 3.90. Que, con fecha 17 de diciembre del 2008, mediante Carta n.º 004-2008/SISA-PEHCBM, Odebrecht presenta ante la Entidad la carta fianza por el adelanto solicitado, así como la factura correspondiente.

Que ese mismo día, el Gerente General del Proyecto remite al Gerente Administrativo del Gobierno Regional de San Martín, el Oficio n.º 986-2008- GRSM.PEHCBM/GG, solicitando atender el pago de la factura de adelanto directo del contratista.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, con fecha 18 de diciembre de 2008, el Presidente del Gobierno Regional, con Carta de Instrucción n.º A6-001-2008-GRSM, ordena a COFIDE para que se efectúe el pago indicado.

Que, con fecha 29 de diciembre de 2008, se consigna en la cuenta del contratista la entrega del adelanto directo, según el estado de cuenta.

- 3.91. Que el artículo 240 del Reglamento establece que las condiciones, para dar inicio al plazo de ejecución de una obra, deben ser cumplidas dentro de los quince días contados a partir de la suscripción del Contrato.

Que teniendo en cuenta que el Contrato se firmó el 10 de diciembre de 2008, el plazo de 15 días posteriores a la suscripción del contrato, concluyó el día 25 de diciembre de 2008.

Que al 25 de diciembre de 2008, con excepción de la entrega del adelanto, se habían cumplido las distintas condiciones previstas en el artículo 240 del Reglamento.

- 3.92. Que si bien existiría un retraso de cuatro días en el pago del adelanto, debe precisarse que el día 25 de diciembre fue feriado, que el día 26 de diciembre fue declarado día no laborable a nivel nacional,²¹ y que los días 27 y 28 de diciembre de 2008 corresponden a días sábado y domingo, que no son laborables.

²¹ Según el Decreto Supremo n.º 007-2008-PCM.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, teniendo en cuenta el artículo 206 del Reglamento y los artículos 183 y 184 del Código Civil,²² el vencimiento del plazo correspondía al día 29 de diciembre de 2008, fecha en la cual se canceló el adelanto.

Que, por lo tanto, la entidad no incurrió en demora alguna, por ser un caso previsto en el inciso 5 del artículo 183 del Código Civil (si el último día del plazo es inhábil, el plazo vencerá al primer día hábil siguiente).

Posición del Tribunal Arbitral

3.93. Que el artículo 240 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 240.- Inicio del plazo de ejecución de obra
El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el
día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;
- 2) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
- 3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y,
- 4) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios, cuando en las Bases se hubiera establecido tal responsabilidad por parte de la Entidad.
- 5) Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso de que el

²² Según señala el Proyecto, en su escrito de alegatos, el contrato suscrito entre las partes es uno administrativo, al cual se le aplican las normas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (y su Reglamento) y el Derecho Civil para temas como los efectos de las obligaciones, consentimiento, objeto y causa.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo.
(...)

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

Que, para la correcta interpretación del plazo de 15 días establecido por el citado artículo 240, debemos recordar que el artículo 206 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 206.- Cómputo de plazos

Durante la vigencia del contrato los plazos se computarán en días naturales, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

El plazo de ejecución contractual se computa en días naturales desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases.

En ambos casos se aplicará lo dispuesto por los Artículos 183 y 184 del Código Civil». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como se puede apreciar, el artículo 206 del Reglamento establece que tanto la vigencia del contrato como el plazo de ejecución contractual, se computarán en días calendario, salvo que el Reglamento establezca lo contrario.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que el artículo 240 del Reglamento no establece excepción alguna al citado artículo 206, por lo que los 15 días establecidos en el primero de los referidos artículos se computa en días calendario (naturales).

- 3.94. Que, sin embargo, el artículo 240 del Reglamento no regula el supuesto en que el plazo venza un día inhábil, como efectivamente ocurrió en los hechos de este caso.

Que, ante dicha situación, se tiene que aplicar suplementariamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil, preceptos que establecen lo siguiente:

«Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

- 1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
- 2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- 3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
- 4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
- 5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente. (El subrayado y la negrita son nuestros).

«Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente». (El subrayado es nuestro).

- 3.95. Que, teniendo en cuenta los citados artículos, si bien la fecha de vencimiento para el cumplimiento de las condiciones establecidas por el

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

artículo 240 del Reglamento era el 25 de diciembre de 2010, este día no podría ser considerado por tratarse de un día feriado.

Que, de acuerdo al inciso 5 del artículo 183 del Código Civil, correspondería que el vencimiento fuese el primer día hábil siguiente.

Que, para ello, debemos recordar que, mediante Decreto Supremo n.º 007-2008-PCM, se declaró el 26 de diciembre de 2008 como no laborable a nivel nacional para los trabajadores del Sector Público.²³ Asimismo, cabe recordar que los días 27 y 28 de diciembre de 2008 fueron sábado y domingo, respectivamente.

Que, en tal sentido, el día hábil siguiente al último día del plazo de 15 días fue el lunes 29 de diciembre de 2008.

- 3.96. Que, en la medida de que el pago del adelanto se efectuó el 29 de diciembre de 2008, el mismo no fue extemporáneo, es decir, no existió demora alguna en el inicio del plazo de ejecución contractual.
- 3.97. Que, en consecuencia, corresponde desestimar la octava pretensión principal de Odebrecht.

EN CASO SE DESETIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER Y PAGAR POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERIVADO DE LA DEMORA EN LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL PLAZO

²³ No se puede desconocer que una de las partes del Contrato es una entidad del Estado, cuyo personal no trabajó en el 26 de diciembre de 2008, en virtud a lo establecido por el referido Decreto Supremo.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

CONTRACTUAL, POR CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD, LA SUMA DE S./.2'276,679.17 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.98. Que, en el improbable y negado caso de que el Tribunal Arbitral desestime la octava pretensión principal, Odebrecht solicita se reconozca y pague por concepto de enriquecimiento sin causa, la suma de S/. 2'276,679.17 incluido I.G.V., como consecuencia de la demora en la entrada de vigencia del plazo contractual.

Que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.

- 3.99. Que el Proyecto no ha pagado el valor real de la obra ejecutada por Odebrecht, al no haber cancelado todos y cada uno de los trabajos efectivamente realizados en su favor.

Que el valor de una obra de esta envergadura resulta de la suma del valor de todas las actividades constructivas y demás (principales y secundarias, directas e indirectas), efectivamente ejecutadas y reflejadas en la Memoria Descriptiva Valorizada.

- 3.100. Que el mayor valor de la obra no reconocido por el Proyecto se refleja en los costos directos ya acreditados, derivados de la demora en la entrada de

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

vigencia del plazo contractual, por causas imputables a la entidad, por el monto de S/. 2'276,679.17 incluido I.G.V.

Posición del Proyecto

3.101. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- (i) El enriquecimiento del demandado; debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- (ii) El daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- (iii) La correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- (iv) La ausencia de justa causa.
- (v) La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

3.102. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

del Código), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia, como es la que «*se tenga por aprobada su liquidación final de obra*», correspondiente a su segunda pretensión principal.

3.103. Que, asimismo, esta acción no está instituida para obtener resarcimiento, sino que persigue los efectos de la restitución de lo ilegítimamente pagado.

3.104. Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Posición del Tribunal Arbitral

3.105. Que Von Tuhr²⁴ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...].»²⁵

²⁴ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

²⁵ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 323.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en ese mismo sentido, Llambías²⁶ afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Que, por su parte, Ludwig Enneccerus²⁷ señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció.

3.106. Que Llambías²⁸ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) el enriquecimiento del demandado;
- (ii) el empobrecimiento del demandante;
- (iii) la relación causal entre esos hechos;
- (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y,
- (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

²⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

²⁷ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 2.^a Ed., Volumen Segundo, p. 583.

²⁸ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 380.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.107. Que, para efectos del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral iniciará su análisis en base al último de los requisitos señalados.

Que, sobre el particular, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de *in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

Que, de esta manera, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955 de nuestro Código Civil, que establece lo siguiente:

«Artículo 1955.- 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 obtener la respectiva indemnización». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido.

Que, según Delia Revoredo,²⁹ esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre las dos precedentes.

²⁹ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, pp. 778-779.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que en la misma línea encontramos a Llambías,³⁰ quien afirma que:

- (a) «Si el empobrecido ha dejado prescribir [...] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. [...] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés».
- (b) «Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción *in rem verso*».
- (c) «Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la *in rem verso*, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción».

3.108. Que, como se puede apreciar, la razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de *in rem verso* cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.

Que si la ley concede a la parte perjudicada por el empobrecimiento alguna otra acción que pueda interponer contra o con respecto a su contraparte, lo que dice la ley —a través del citado artículo 1955 del Código Civil— es que tiene que recurrir a esas pretensiones o acciones para tratar de hacer valer sus derechos.

³⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 397.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que eso significa que la ley peruana, al igual que la generalidad de la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica y de los códigos civiles extranjeros, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa, le ha dado al mismo carácter supletorio. Es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria. No se trata de una pretensión adicional a otras que se pueda plantear ni es una pretensión más que se pueda interponer. Es una pretensión cuya interposición cabe en defecto de existencia de otras pretensiones.³¹

Que, ello, a su vez, implica que si el accionante tuviese otra pretensión, debería recurrir a ella. Significa que si tiene otra pretensión y recurre a ella, y dicha pretensión es declarada infundada o improcedente, no podría recurrir a la pretensión por enriquecimiento sin causa.³²

3.109. Que, en el presente caso, Odebrecht recurre a la figura del enriquecimiento sin causa de manera subordinada, en caso se hubiera desestimado su octava pretensión principal.

Que, en efecto, el demandante pretende el pago de la misma suma de dinero, en ambas pretensiones.

Que, como resulta evidente, el requisito de subsidiariedad no se verifica en el presente caso, puesto Odebrecht hizo ejercicio de otra vía, la misma que fue declarada infundada.

³¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra editores S.A.C., 2009, p. 72.

³² ÍDEM.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.110. Que, en consecuencia, corresponde declarar improcedente la pretensión subordinada a la octava pretensión principal de Odebrecht.

3.111. Que, sin perjuicio de la improcedencia de la pretensión subordinada de Odebrecht, el Tribunal Arbitral advierte que no se presentan los requisitos señalados por Llambías.

Que, sobre el particular, debemos recordar que en el Considerando 3.96. del presente Laudo se concluyó que, en la medida de que el pago del adelanto se efectuó el 29 de diciembre de 2008, el mismo no fue extemporáneo, es decir, no existió demora alguna en el inicio del plazo de ejecución contractual.

Que, de esta manera, no se ha acreditado cómo el actuar ajustado a Derecho (es decir, el pago efectuado dentro del plazo establecido en el artículo 240 del Reglamento) habría ocasionado un empobrecimiento de Odebrecht y el enriqueciendo al Proyecto ni tampoco se ha acreditado la no existencia de causa justificante.

Que, dentro de tal orden de ideas, se aprecia que aun en el supuesto de que sí se cumpliera con el requisito de la subsidiariedad, también se habría desestimado la pretensión subordinada de la octava pretensión principal de Odebrecht.

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR AL PROYECTO EL PAGO DE S/.2'224,753.06³³ (INCLUIDO I.G.V.), CORRESPONDIENTES A LOS METRADOS DE

³³ Por un error de tipeo, en el literal (r) del ítem 3 del Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, se señaló que el monto pretendido ascendía a

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

OBRA EJECUTADOS POR INDICACIONES DEL PROYECTO, MÁS LOS RESPECTIVOS
INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.112. Que, mediante Informe n.º 020-2010/HOB-0808-S/EMCV, de fecha 16 de septiembre de 2010, el Supervisor observa diferencias en la Partida 5.00 «Obras de Arte y Drenaje» entre las planillas de metrados y los planos post-construcción, base para su recálculo de las valorizaciones de obra.

Que, según se indica, las diferencias corresponden a la remedición de los metrados efectuada en base a los planos post-construcción conciliados con el Contratista, de donde resultaría la relación de metrados realmente ejecutados, los cuales no exceden a los autorizados y aprobados mediante las resoluciones gerenciales de Presupuestos Deductivos y Adicionales de Obra.

Que el referido Informe concluye en que los metrados realmente ejecutados sirven de base para la formulación de su Liquidación y se sustentan en las planillas adjuntas a la documentación presentada por el Contratista, salvo aquéllas donde existen discrepancias que se adjuntan al mismo Informe.

- 3.113. Que, en otras palabras, para el Supervisor los metrados realmente ejecutados no son aquellos que aparecen de la comprobación fáctica de su existencia como obra ejecutada, sino más bien aquéllos autorizados por la

S/.2'224,733.06; cuando, según el escrito de demanda, de fecha 10 de agosto de 2011, se señala que el monto pretendido es de S/.2'224,753.06.

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Entidad e incorporados en los Presupuestos Deductivos y Adicionales de Obra objeto de resoluciones gerenciales.

Que esta apreciación singular del Supervisor (a través de la cual se pretende asimilar la realidad material con el contenido de la documentación administrativa), es insostenible desde todo punto de vista

Que ello implica que el valor de una porción importante de obra física ejecutada y cuya realidad aparece en innumerables documentos suscritos por el propio Supervisor como son, entre otros, las valorizaciones e informes mensuales (consignada además sin observación alguna en la Memoria Descriptiva Valorizada), sea excluida de la liquidación.

- 3.114. Que el Supervisor se pronuncia sin tener en consideración que su propio Informe establece: (i) que la liquidación de Odebrecht está sustentada en los planos post construcción; (ii) que los mayores metrados se ejecutaron con su conocimiento, acuerdo y aceptación; (iii) que está conforme con su valoración; y (iv) que, sin embargo, no está de acuerdo en el acto de aprobación.

Que no se requería el trámite de aprobación ni de un presupuesto adicional, por lo que corresponde que se paguen, por tratarse de metrados realmente ejecutados en Obra.

- 3.115. Que al ser el Contrato uno a precios unitarios, la valorización de la ejecución de la obra se efectúa en función de lo realmente ejecutado, considerando los precios unitarios de las partidas consideradas en las

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Bases, así como las cantidades referenciales, de conformidad con lo establecido por el artículo 56 del Reglamento.

3.116. Que, en la Audiencia de Ilustración, los representantes del Proyecto reconocieron expresamente que estos mayores metrados se habían ejecutado realmente y por indicaciones de la Entidad.

Posición del Proyecto

3.117. Que la Entidad no indicó la ejecución de mayores metrados.

Que la suma reclamada por el demandante se deriva de los excesos de metrados en las diferentes partidas del presupuesto (tal como se puede apreciar en el folio 81 de la Memoria Descriptiva valorizada), que el contratista aduce haber ejecutado por indicaciones de la Entidad. Sin embargo, dichos metrados no corresponden a metrados contractuales ni adicionales aprobados oficialmente por la Entidad.

Que, en ningún momento, la Entidad dio indicaciones ni verbales ni escritas para la ejecución de estos metrados, siendo así que el contratista en ninguna parte de su demanda acredita los documentos probatorios que certifiquen alguna indicación de parte de la Entidad para la ejecución de los mismos.

3.118. Que si hubiera habido necesidad de ejecutar mayores metrados a los ya autorizados, la Entidad tendría que haberlos aprobado a través de un adicional de obra y, además para su ejecución y pago, solicitar la autorización respectiva de parte de la Contraloría de la Republica, ya que

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

con dichos adicionales se hubiese superado el 15% del monto del Contrato original, tal como lo establece el artículo 266 del Reglamento.

Que el porcentaje de incidencia acumulada por los adicionales ya aprobados alcanzaba el 14.99%.

3.119. Que si el contratista ejecutó trabajos adicionales sin la autorización de la Entidad, ellos son de su absoluta responsabilidad, ya que de acuerdo al artículo 265 del Reglamento, sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con disponibilidad presupuestal y resolución de la máxima autoridad administrativa (en los casos en que sus montos no superen el 15% del monto del Contrato original, puesto que de superar el indicado porcentaje, de acuerdo al artículo 266 del Reglamento, adicionalmente se requeriría la autorización previa de la Contraloría de la República).

3.120. Que, de los documentos que obran en autos, no existe ninguna autorización o indicación de la Entidad para la ejecución de mayores metrados ni adicionales.

3.121. Que, en la Audiencia de Ilustración, el Contratista reconoció que no existen tales indicaciones, ni solicitó los supuestos adicionales de obra. Tampoco se encuentra en el Cuaderno de Obra, anotación alguna por parte del demandante ni por el Supervisor que señale la ejecución de los metrados por indicaciones de la Entidad.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.122. Que, en consecuencia, el demandante pretende que se le pague por adicionales de obra que nunca solicitó, contraviniendo la Ley y su Reglamento.

Posición del Tribunal Arbitral

3.123. Que, como sabemos, en el contrato de obra, los sistemas de contratación pueden ser con precio predeterminado o sin precio predeterminado. El sistema con precio predeterminado reconoce dos grandes divisiones: el sistema por unidad, o sea, con precios unitarios o por partidas, y el ajuste alzado, o sea, con un precio global.

Que en el caso del contrato a precios unitarios, se estipula que los distintos trabajos de que estará constituida la obra, serán llevados a cabo mediante el pago de precios asignados a cada unidad técnica de estructura o bien cantidad técnica unitaria de mano de obra.

Que, en otras palabras, el sistema de ejecución de obra por unidad es aquel en el cual se fija para cada unidad técnica en que la obra puede dividirse, un determinado precio. Otras veces el precio se establece para cada cantidad de mano de obra que se aprehende como tal (horas-hombre).

Que el precio se fija partida por partida y sólo puede determinarse a la terminación de los trabajos de acuerdo con la cantidad ejecutada.

3.124. Que, sobre el particular, el artículo 56 del Reglamento señala lo siguiente:

«Artículo 56.- Sistemas de adquisiciones y contrataciones

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Las Bases de los procesos de selección para la adquisición y contratación de bienes, servicios y ejecución de obras indicarán los sistemas o procedimientos que se utilizarán para determinar el precio y sus posibles ajustes, sobre la base de las condiciones pre establecidas en función a la naturaleza y objeto principal del contrato.

Dichos sistemas podrán ser el de suma alzada y el de precios unitarios, tarifas o porcentajes.

(...)

En el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real, así como por un determinado plazo de ejecución; y, en el caso de obras ofertará considerando los precios unitarios de las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, así como las cantidades referenciales». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, como se aprecia, dentro del sistema de precios unitarios, la valorización de los metrados se realiza en base a lo realmente ejecutado en un determinado plazo de ejecución.

Que, en ese mismo sentido, el artículo 255 del Reglamento señala lo siguiente:

«Artículo 255.- Valorizaciones y metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases o en el contrato, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios del valor referencial afectado por el factor de relación, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

el Contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

(...)

En las obras contratadas bajo el sistema a Precios Unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de Suma Alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra. Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

(...)». (El subrayado y la negrita son nuestros)

Que, en ese sentido, la valoración de los metrados ejecutados se formula conjuntamente por el contratista y el supervisor, teniendo en cuenta lo realmente ejecutado.

3.125. Que, en el numeral 2 del ítem «Análisis y recálculos» del Informe n.º 020-2010/HOB-0808-S/EMCV, de fecha 16 de septiembre de 2010, la Supervisión señala lo siguiente:

«2. De la revisión a (sic) las planillas de metrados y planos post-construcción, que sirvieron (sic) de base para el recálculo (sic) de las valorizaciones de obra, se observa las siguientes diferencias en la partida genérica 5.00 Obras de Arte y Drenaje (...).

Estas diferencias corresponden a la remedición de los metrados que se hicieron en base a los planos post-construcción conciliados con el contratista; en tal sentido, se ha procedido a elaborar la relación de Metrados Realmente Ejecutados, los mismos que no exceden a los metrados autorizados, resultante de la aprobación con Resoluciones Gerenciales de Presupuestos Deductivos y Adicionales de Obra. (El subrayado y la negrita son nuestros).

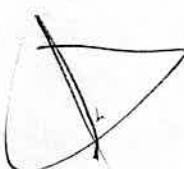
Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, como se puede apreciar, la Supervisión está indicando que estos metrados (los que son materia de la presente controversia) son aquellos que ya contaban con autorización, en tanto se trate de los metrados ejecutados en razón de presupuestos deductivos y adicionales que la Entidad —en su momento— aprobó a través de resoluciones gerenciales.

Que, en otras palabras, no se trataría de nuevos metrados que se ejecutaron sin autorización de la Entidad; sino de un remedición de lo que se ejecutó en estricto seguimiento de lo ordenado por la Entidad.³⁴

- 3.126. Que, de esta manera, se estaría desvirtuando el argumento del Proyecto en el sentido de que los metrados en controversia no corresponderían a los contractuales ni a los derivados de adicionales previamente autorizados por la Entidad.³⁵

 Que, en efecto, el Proyecto ha sostenido que los metrados en controversia corresponden a metrados ejecutados sin seguir los trámites

³⁴ Incluso, cabe recordar que en la Audiencia de Ilustración, de fecha 8 de mayo de 2012, los representantes de Odebrecht señalaron que «(...) en realidad, lo que hemos acreditado en nuestra demanda con medios probatorios que están en la liquidación es que esos metrados resultan no de elementos nuevos respecto del presupuesto. El presupuesto son el contractual y el de los adicionales que, de alguna manera, por la dinámica de la obra, al final, se hace un recuento de lo que realmente la Entidad —a través de su Supervisor— ha aprobado para su ejecución (...). No está cuestionada su ejecución. (...) No es un elemento nuevo. No son partidas nuevas. Nacen de los mismos presupuestos, de las mismas partidas ya aprobadas». Asimismo, se resaltó que «(...) Los volúmenes que se están solicitando están dentro de los volúmenes aprobados en los adicionales (...) no es que se ha hecho un trabajo nuevo (...) no son cantidades a más que vayan a exceder el monto aprobado en el contrato y en los adicionales. Están dentro del monto aprobado del contrato (...). No son nuevos mayores metrados, son simplemente los mismos metrados replanteados al final de la obra».

³⁵ Posición del Proyecto planteada en sus escritos y desarrollada en la Audiencia de Ilustración, de fecha 8 de mayo de 2012.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

correspondientes de un adicional, el cual requiere aprobación de la Entidad y, en algunos casos, de la Contraloría General de la República.

Que, sin embargo, más allá del dicho no han acreditado que realmente se trate de metrados distintos a los ordenados por la Entidad en los presupuestos adicionales ya emitidos.

3.127. Que, en tanto se trataba de metrados ejecutados en aplicación de presupuestos aprobados por la Entidad, en el numeral 3 del ítem «Análisis y recálculos» del Informe n.º 020-2010/HOB-0808-S/EMCV, de fecha 16 de septiembre de 2010, la Supervisión señala lo siguiente:

«3. Definidos los Metrados Realmente Ejecutados, se procedio (sic) a reformular las valorizaciones correspondientes al **Presupuesto Principal y Presupuestos Adicionales**, los reajustes que corresponden, las deducciones del reajuste por adelantos otorgados (directo y para materiales).

(...)

Asimismo, se procedió a recalcular los Mayores Gastos Generales por Ampliaciones de Plazo, teniendo en consideración lo resuelto en las Resoluciones Gerenciales n.º 297, 298 y 299-2010-GRSM-PEHCBM, que aprueban los mosntos (sic) a reconocer por este concepto, generados por las Ampliaciones de Plazo 18, 19, 20, 22, 02 y 03 respectivamente». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, de esta manera, la Supervisión concluyó en que «los metrados que sirven de base para la formulación de la presente Liquidación, son los Realmente Ejecutados, los mismos que se sustentan en las planillas que se adjuntan en la documentación presentada por el Contratista en su carta n.º 13-2010/SISA-PEHCBM de fecha 23.Ago.2010, salvo las que se adjunta en el presente informe y son aquellos donde existen discrepancias con las

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

del contratista. Los metrados se han determinado de los respectivos planos post-construcción.

3.128. Que, dentro de tal orden de ideas, Odebrecht ha acreditado que los metrados materia de la presente controversia no son metrados ejecutados a discreción del contratista sin autorización alguna de la Entidad.

Que se ha acreditado que los metrados son aquellos realmente ejecutados en razón de los presupuestos adicionales y deductivos vinculantes aprobados por Resoluciones Gerenciales del Proyecto.

3.129. Que, por otro lado, la suma reclamada en esta pretensión, ascendente a S/.2'244,753.06, no ha sido cuestionada por la Entidad, la cual sólo se ha limitado a señalar que se trataría de mayores metrados ejecutados sin autorización de la Entidad y que, en realidad, implicarían adicionales de obra no autorizados ni por el Proyecto ni por la Contraloría General de la República (tema que ha sido desvirtuado en el presente proceso).

3.130. Que, en relación a los intereses, al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago — precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá en materia arbitral, a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.

3.131. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.³⁶ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago de los S/.2'224,753.06.

3.132. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde amparar la novena pretensión principal del Odebrecht.

³⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 533.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE RECONOCER POR CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL HECHO OBJETIVO DE LOS METRADOS DE OBRA EJECUTADOS POR INDICACIONES DE LA ENTIDAD, Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLO, ORDENAR A LA ENTIDAD EL PAGO DE LA SUMA DE S/. 2'224,753.06 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

3.133. Que, en el improbable y negado caso de que el Tribunal considere que no puede ordenar pagar a la Entidad la cantidad reclamada por concepto de los mayores metrados de obra (metrados de cierre o post construcción) ejecutados por indicaciones de la entidad, deberá tener en consideración que Odebrecht ha sufrido un evidente perjuicio consistente en la frustración del justo pago que hubiéramos recibido.

Que la pretensión se orienta a que se reconozca y pague la suma indicada por concepto de indemnización.

3.134. Que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o aquélla que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que se han acreditado los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad, a saber:

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- que exista un contrato válidamente celebrado y eficaz; contrato que efectivamente existe;
- que se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
- que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y
- que se configuren los factores de atribución subjetivos y objetivos.

Que, en efecto, se ha documentado el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad, al no pagar el valor de los mayores metrados realmente ejecutados, como lo ha señalado el Supervisor.

Posición del Proyecto

3.135. Que cualquier pretensión destinada a reclamar una indemnización por daños y perjuicios requiere que se demuestre:

- (i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación;
- (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto;

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (iii) la relación o nexo de causalidad entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados;
- (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante.

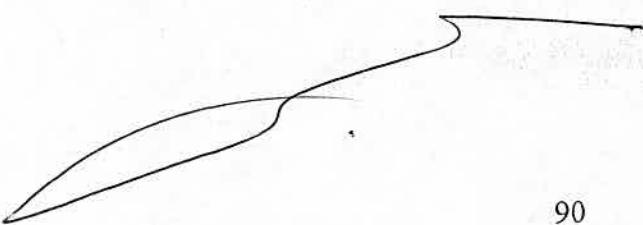
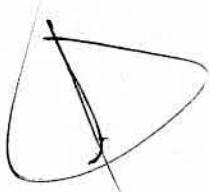
3.136. Que la pretensión de la demanda no cumple con ninguno de los requisitos que establece la ley para que se pueda solicitar válidamente una indemnización por daños y perjuicios.

Que, ello, habida cuenta de que la Entidad siempre actuó de acuerdo a ley, y que todas las resoluciones que deniegan sus solicitudes fueron expedidas al amparo de la norma legal.

Que resulta obvio que sin ilicitud no existe deber de reparar, salvo que el mismo esté expresamente previsto por la ley.

Posición del Tribunal Arbitral

3.137. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en los Considerandos 3.123. a 3.132. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de los metrados realmente ejecutados que corresponden ser pagados por el Proyecto a favor de Odebrecht.

Que, asimismo, se concluyó en que correspondía amparar la novena pretensión principal, por lo que carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal.

EN CASO SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA A FAVOR DE LA ENTIDAD, DERIVADO DEL HECHO OBJETIVO DE LOS METRADOS DE OBRA EJECUTADOS POR INDICACIONES DE LA ENTIDAD Y, COMO CONSECUENCIA DE ELLO, ORDENAR A LA ENTIDAD EL PAGO DE S/. 2'224,753.06 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición de Odebrecht

- 3.138. Que en el negado e improbable caso de que el Tribunal desestime la primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal, éste tenga en cuenta que el enriquecimiento sin causa es un principio general del Derecho, por el cual nadie (incluyendo al Estado) puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada. Ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 1954 del Código Civil.
- 3.139. Que el Proyecto se ha negado a reconocer y pagar los metrados realmente ejecutados. Por lo tanto, no ha pagado el valor total de la obra ejecutada

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

por los costos incurridos para su ejecución. En consecuencia, el monto a pagar es por S/.2'224,753.06.

3.140. Que el Proyecto se ha enriquecido con obras pagadas por debajo de su valor. Es decir, se ha enriquecido a expensas de un mayor costo necesario para la ejecución de la obra contratada. Por lo tanto, no existe causa que justifique este enriquecimiento. Lo que representa una situación de injusticia que debe resarcirse.

3.141. Que, finalmente, esta pretensión tiene carácter residual, en la medida de que no existe ninguna otra acción legal que le permita obtener el resarcimiento solicitado. En consecuencia, esta pretensión subordinada cobrará vigencia en tanto se desestime la novena pretensión principal y su primera subordinada.

Posición del Proyecto

3.142. Que la doctrina ha establecido los siguientes requisitos esenciales del enriquecimiento sin causa:

- i) El enriquecimiento del demandado; debe percibirse un beneficio material, intelectual o moral.
- ii) El daño que se materializa en el empobrecimiento del demandante.
- iii) La correlación entre el daño y el enriquecimiento.
- vi) La ausencia de justa causa.

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- v) La subsidiariedad, que se entiende cuando el empobrecido no disponga de otro medio de tutela para obtener la respectiva indemnización. Es decir, funciona de manera residual.

3.143. Que la demandante no cumple con acreditar fehacientemente los presupuestos establecidos por ley, para que se configure el enriquecimiento sin causa.

Que no se cumple con el requisito de la ausencia de justa causa, en el sentido de que existe una relación jurídica establecida, a través del Contrato que fue suscrito entre ambas partes, para la ejecución de la obra.

Que, asimismo, la pretensión de Odebrecht no puede prosperar por no cumplir con el requisito de subsidiariedad (establecido en el artículo 1955 del Código), por cuanto está acreditado que Odebrecht ha tenido otras acciones para reclamar el presunto pago.

Que si la ley concede acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejecutar. Ni su fracaso ni su falta de ejercicio, legitiman el uso de la acción de enriquecimiento.

Que, en la presente *litis*, está acreditado con el propio texto de la demanda que la contratista viene ejerciendo diversas acciones para el cobro de su presunta acreencia.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar esta pretensión subordinada.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Posición del Tribunal Arbitral

3.144. Que, en el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 20 de octubre de 2011, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Que, en los Considerandos 3.123. a 3.132. del presente Laudo, se ha desarrollado el tema de los metrados realmente ejecutados que corresponden ser pagados por el Proyecto a favor de Odebrecht.

Que, asimismo, se concluyó que correspondía amparar la novena pretensión principal, por lo que carece de objeto que el Tribunal Arbitral emita pronunciamiento alguno en torno a la segunda pretensión subordinada a la novena pretensión principal.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE, A PARTIR DE LA FECHA DE CULMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN, NO EXISTE OBLIGACIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N.º 500-2008-GRSM-PEHCBM, PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ODEBRECHT, QUE DEBA SER GARANTIZADA POR LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Posición de Odebrecht

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.145. Que no existe obligación derivada del Contrato, pendiente de cumplimiento por parte del demandante, que deba ser garantizada con la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

Que la finalidad exclusiva de la referida carta fianza es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que debe estar vigente mientras exista obligación pendiente a cargo del contratista.

- 3.146. Que la ejecución de la obra culminó el 18 de mayo de 2010 y fue recibida definitivamente y sin observación alguna el 25 de junio del mismo año.

Que si bien el Proyecto formuló observación a la Liquidación Final de la Obra, reconociendo a favor de Odebrecht únicamente S/.262,860.47, no existe obligación alguna que no hubiera sido atendida.

Que, en consecuencia, no existe razón alguna para mantener la vigencia de la carta fianza y extender su fecha de vencimiento, situación que constituiría una innecesaria carga y cuyo costo recaería en el Proyecto.

- 3.147. Que, incluso, el Tribunal Arbitral concedió la medida cautelar de no innovar que Odebrecht solicitó y, en ese sentido, ratificando el sentido de la decisión contenida en el Cuaderno Cautelar, correspondería hacerla definitiva.

- 3.148. Que, asimismo, corresponde que el Proyecto asuma los costos de la renovación de la Carta Fianza n.º 00039695 desde la entrega de la obra sin observaciones y sus intereses devengados.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Posición del Proyecto

3.149. Que en el presente proceso arbitral se está discutiendo el monto final de la liquidación de la obra, por lo que corresponde que Odebrecht cumpla con la obligación de mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, mientras no se emita el laudo y éste sea declarado consentido.

Que, ello, en razón de que en el presente arbitraje se deberá establecer si la parte demandante tiene obligaciones pendientes de cumplimiento.

Posición del Tribunal Arbitral

3.150. Que, en primer lugar, se debe recordar que, mediante Resolución n.º 2 del Cuaderno Cautelar, de fecha 28 de marzo de 2012, se concedió la medida cautelar de no innovar solicitada por Odebrecht. En consecuencia, se ordenó al Proyecto que se abstenga de exigir a Odebrecht mantener la vigencia de la Carta Fianza n.º 00039695, emitida por Interbank, por el monto de S/.10'956,107.65.

3.151. Que, en relación a la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 215 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

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

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras». (El subrayado es nuestro).

Que si bien estamos frente a un norma de carácter imperativo,³⁷ el Tribunal Arbitral ya analizó —en la referida Resolución n.º 02— si dicha norma tenía algún elemento de excepción, a la luz de los argumentos fácticos desarrollados por Odebrecht y si ello tenía asidero en nuestras normas y/o principios del Derecho nacional.

3.152. Que, como sabemos, uno de los supuestos³⁸ por los cuales se puede ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento es cuando la liquidación de la obra arroja un saldo a cargo del contratista, es decir, cuando la liquidación —sea elaborada por el contratista o la entidad— arroja un saldo en contra del particular.

Que ello es así, porque estas garantías tienen por finalidad desincentivar el incumplimiento injustificado del contratista, así como asegurar a la Entidad una reparación económica en caso aquél incumpla el contrato.

3.153. Que, sin embargo, si bien el artículo 40 de la Ley obliga al contratista al mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento hasta que la liquidación de la obra sea aprobada y/o quede consentida, esta garantía no tendría razón de ser, cuando entre las partes (para este caso en concreto)

³⁷ «La que dispone obligatoriamente la ejecución de alguna cosa o determinada abstención, bajo sanción establecida en el propio texto (...).» (CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo 5, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p. 94).

³⁸ Recordemos que el artículo 164 del Reglamento hace referencia a que la carta fianza será devuelta «una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista».

Asimismo, el referido artículo señala que se ejecutará la carta cuando la liquidación final del contrato haya quedado consentida o ejecutoriada, y en ella exista un «saldo a cargo del contratista».

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

se discute cuál de las dos liquidaciones preparadas por cada una de ellas es la válida, precisando que ambas arrojan un saldo positivo para el contratista, sólo variando en sus términos y montos.

3.154. Que, incluso, el Proyecto ha señalado, en su escrito de contestación,³⁹ lo siguiente:

- «(17) En consecuencia el Administrador del contrato establece que la liquidación, con las observaciones ya citadas, arroja un saldo de Doscientos sesenta y dos mil ochocientos sesenta y 47/100 nuevos soles, a favor del contratista. (El subrayado es nuestro).

3.155. Que no existe ninguna pretensión o derecho derivado de la ejecución contractual y la presentación de las liquidaciones de obra presentadas por ambas partes, donde se pueda establecer o apreciar (i) algún tipo de resarcimiento económico a favor de la Entidad demandada, lo que obligaría a que la carta fianza de Fiel Cumplimiento se mantenga; ni (ii) alguna obligación pendiente de cumplimiento por parte de Odebrecht.

3.156. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde declarar que, a partir de la fecha de culminación del procedimiento administrativo de liquidación, no existe obligación derivada del Contrato pendiente de cumplimiento por parte de Odebrecht, que deba ser garantizada por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato.

3.157. Que, en consecuencia, corresponde amparar la décimo primera pretensión principal de Odebrecht.

³⁹ Ver página 33 del referido escrito.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

EN CASO SE AMPARE EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD ASUMIR LOS COSTOS FINANCIEROS DE LA CARTA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, A PARTIR DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA SIN OBSERVACIONES Y, EN CONSECUENCIA, DISPONER EL PAGO DEL GASTO EFECTUADO POR EL CONTRATISTA, MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES

Posición de Odebrecht

- 3.158. Que al no existir razón alguna para mantener la vigencia de la carta fianza y extender su fecha de vencimiento, la anterior se constituiría en una innecesaria carga, cuyo costo recaería en el Proyecto.
- 3.159. Que el supuesto que hace razonable el artículo 215 del Reglamento está constituido por la existencia de obligaciones que por parte del contratista deban ser garantizadas y/o que la Entidad haya manifestado alguna reclamación que igualmente deba ser afianzada.
- 3.160. Que, con la recepción de la obra sin observaciones (el 25 de junio 2010), las obligaciones para el Contratista se han extinguido, al punto que, como evidencia de que no hay ninguna obligación pendiente de cumplimiento, la Entidad, en su propia liquidación, ha reconocido y pagado un saldo diminuto al contratista.

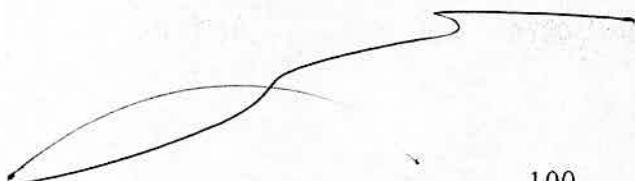
Posición del Proyecto

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 3.161. Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 215 del Reglamento, la garantía deberá mantenerse vigente hasta la aprobación de la liquidación final.
- 3.162. Que la relación jurídica creada en virtud de la celebración de un contrato de obra —como en todo contrato del Estado bajo el ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento—, extiende su vigencia hasta la aprobación de la liquidación final del contrato.
- 3.163. Que el acto de liquidación tiene como propósito verificar la corrección de la contraprestación a cargo de la Entidad, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el *quantum* final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo tanto de la Entidad como del contratista.
- 3.164. Que, de conformidad con lo establecido por artículo 225 del Reglamento, la liquidación final del contrato de obra se entiende aprobada en el momento en el que queda consentida por las partes o cuando mediante convenio conciliatorio o laudo arbitral, según corresponda, se resuelvan los conceptos controvertidos vinculados con la liquidación final del contrato.
- 3.165. Que, en consecuencia, es obligación del Contratista asumir los costos financieros de las Cartas Fianzas por lo que pretensión debe ser declarada infundada.

Posición del Tribunal Arbitral



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

3.166. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

Que, habiendo sido amparada la décimo primera pretensión principal, corresponde también amparar la pretensión accesoria de dicha pretensión principal.

3.167. Que, sin perjuicio de ello, cabe reiterar —tal como se ha determinado en los Considerandos 3.150. a 3. 157 del presente laudo— que no existe obligación alguna por parte de Odebrecht, que sirva de fundamento para el mantenimiento de la vigencia de la referida carta fianza.

3.168. Que, en tal sentido, corresponde que el Proyecto asuma los costos financieros de la Carta Fianza n.º 00039695, emitida por Interbank, por el monto de S/.10'956,107.65, a partir de la recepción de la obra sin observaciones.

Que, asimismo, corresponde ordenar al Proyecto reembolsse los gastos efectuados por el Contratista.

3.169. Que, en relación a los intereses, al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago — precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).»

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para los efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá, en materia arbitral, a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.

3.170. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal.⁴⁰ Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

⁴⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva del reembolso de los costos financieros de la Carta Fianza n.º 00039695.

3.171. Que, en consecuencia, corresponde amparar la pretensión accesoria a la décimo primera pretensión principal de Odebrecht.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

4. Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo Parcial. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje. Finalmente, de igual forma, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo parcial.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral **LAUDA** parcialmente:

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara la nulidad e ineeficacia de la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de abril de 2010, que deniega la Ampliación de Plazo n.º 21.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara aprobada parcialmente la Ampliación de Plazo n.º 21, por 235 días calendario.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se ordena al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante la suma de S/.5'801,742.25 (incluido I.G.V.), más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

QUINTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

SÉPTIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión subordinada a la octava pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante la suma de S/. 2'224,753.06 (incluido I.G.V.), más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

NOVENO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la segunda pretensión subordinada a la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la décimo primera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde declarar que, a partir de la culminación del procedimiento administrativo de la liquidación, no existe obligación derivada del Contrato de Ejecución de Obra n.º 500-2008-GRSM-PEHCBM, pendiente de cumplimiento por parte de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C., que deba ser garantizada por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato.

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la décimo primera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia:

- (i) declarar que corresponde al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo asumir los costos financieros de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato, a partir de la recepción de la obra sin observaciones; y
- (ii) ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. los referidos costos financieros, más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

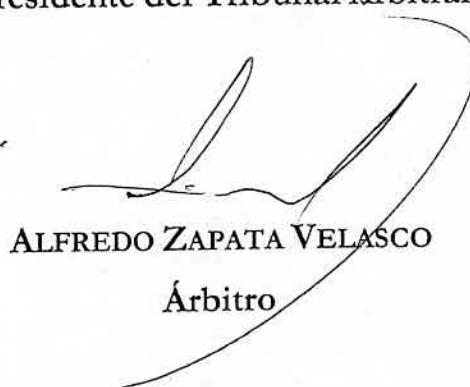


MARIO CASTILLO FREYRE

Presidente del Tribunal Arbitral

RICARDO ESPINOZA RIMACHI

Árbitro



ALFREDO ZAPATA VELASCO

Árbitro

RITA SABROSO MINAYA

Secretaria

Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

POSICIÓN DEL ÁRBITRO
MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI
AL LAUDO PARCIAL

En la ciudad de Lima, con fecha 25 de octubre de 2012, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.^o 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Mario Castillo Freyre, en su calidad de Presidente, Alfredo Zapata Velasco, Árbitro, y Ricardo Espinoza Rimachi, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo.

En relación a los puntos controvertidos que se señalan a continuación, mi posición es la siguiente:

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR PROCEDENTE, RECONOCER Y ORDENAR AL PROYECTO, EL PAGO DE LOS MAYORES GASTOS GENERALES POR 186 DÍAS CALENDARIO, CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N.^o 21, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 5'801,742.25 (INCLUIDO I.G.V.), MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO

Posición del Tribunal Arbitral en minoría

- 1.1. En primer término, se debe precisar que la solicitud de ampliación de plazo n^o 21 señala aparentemente como fecha de inicio de la causal el 30

~

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

de diciembre de 2008, debiendo precisar que dicha fecha, coincidentemente es la fecha de inicio del plazo contractual, es decir, la ejecución de la obra, está afirmación de la contratista se encuentra ubicada en el numeral 9 de la solicitud de ampliación de plazo nº 21.

- 1.2. Por otro lado, en el informe emitido por el Supervisor, en el numeral III Análisis, literal B, subliteral B5, numeral 1, primer párrafo, se señala lo siguiente:

«(...)

El Supervisor mediante asiento N° 653 del 31.12.09, pone de conocimiento del Contratista que se ha remitido a la Entidad el expediente técnico correspondiente al Presupuesto Adicional N° 05, denominado Mayores Metrados del Replanteo km. 33+000 – km 46+060, para su revisión y evaluación, previa a su aprobación».

- 1.3. Es decir, se puede apreciar que el contratista ha establecido su fecha de inicio de la causal de ampliación de plazo nº 21; sin embargo, la supervisión en su análisis no hace ningún tipo de mención al respecto, es decir, no se pronuncia, contribuyendo con ello a que exista confusión para poder determinar la fecha de inicio de la causal de ampliación de plazo, tal y como antes se ha realizado, lo cual se aprecia en las ampliaciones de plazo anteriormente concedidas, que emana de la lectura de las resoluciones gerenciales expedidas por la entidad contratante.
- 1.4. Sin embargo, como se debe emitir pronunciamiento sobre este hecho, se aprecia que no existe coherencia en la fecha de inicio de la causal presentada por la contratista, con la verdadera causal de la ampliación de plazo nº 21, por cuanto está claramente definido que es producto de la aprobación del presupuesto adicional n° 05.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 1.5. Entonces, se debe recurrir a ley de la especialidad, para determinar el inicio del cómputo de la ampliación de plazo derivado de la aprobación del presupuesto adicional nº 05.
- 1.6. Así, el artículo 259º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala: “(...) La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del calendario de obra. (...)”. (tercer párrafo)

Asimismo, el artículo 265º en su primer párrafo señala: “Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con disponibilidad presupuestal y resolución del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, y en los casos en que sus montos, por si solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original”. Y en el último párrafo señala: “La demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice las obras adicionales será causal de ampliación de plazo”.

En igual sentido, en el primer párrafo del artículo 259º del Reglamento se indica que el residente de obra “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, ..., cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el supervisor (...).” Es decir, toda ampliación de plazo que se reconozca, se refiere a acontecimientos anteriores a su aprobación; sin embargo, la excepción a esta regla plasmada en el artículo 259º es la ampliación de plazo derivada de la aprobación de un presupuesto adicional, es decir, la

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)

Alfredo Zapata Velasco

Ricardo Espinoza Rimachi

ampliación de plazo se otorga o concede para que se ejecute el presupuesto adicional, por esa razón su computo se realiza una vez aprobado el presupuesto adicional y no antes, como pretende la demandante o contratista, debiendo indicar que podría haberse reconocido ampliación de plazo con fecha anterior a la aprobación del adicional nº 05, si la causal hubiese estado encausada por demora en la aprobación del adicional mencionado y siendo que ello no ocurrió la ampliación de plazo nº 21 debe computarse desde el 13 de marzo de 2010 hacia adelante.

En consecuencia, si el presupuesto adicional se aprobó el 12 de marzo de 2010 y fue notificado el 13 de ese mes y año a la contratista mediante anotación del cuaderno de obra nº 772, es decir, se colige que a partir de esa fecha se debía computar la ampliación de plazo, por cuanto su procedencia está circunscrita a la aprobación del presupuesto adicional.

No se ha encontrado razón que justifique que el computo de la ampliación de plazo nº 21 debía ser considerado hacia atrás, es decir, con anterioridad a la aprobación del presupuesto adicional nº 05, la única posibilidad de ello y repetimos: radica en la causal de “demora en la aprobación del presupuesto adicional”, causal que estaba aceptada en la legislación vigente al momento de ejecutar el contrato, es decir, último párrafo del artículo 265º del Reglamento.

Por ende, en el ejemplo negado, si el adicional no se aprobaba, no existía ampliación de plazo.

- 1.7. Habiéndose determinado el inicio para el cómputo de la ampliación de plazo nº 21, es decir, a partir del 13 de marzo de 2010 (inclusive), para la

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

ejecución del presupuesto adicional n° 05, corresponde determinar qué plazo de los 235 días calendarios otorgados, le deben corresponder como gastos generales.

- 1.8. Mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de marzo de 2010, se aprueba el Adicional de Obra n.º 05 por mayores metrados por replanteo de la obra, ascendente a S/.7'438,443.20. Cabe precisar que en dicha Resolución no se hace referencia al plazo de ejecución de dicho adicional.

Que, sin embargo, en el numeral 2 del literal C, del ítem III «Análisis» el Informe elaborado por la Supervisión,¹ se señala lo siguiente:

«Para la elaboración del cronograma de ejecución del adicional n.º 05, se ha tomado los rendimientos considerados en los análisis de los P.U. ofertados por el Contratista, que constituye un documento contractual. Este cronograma forma parte del Adicional n.º 05, cuya ejecución está previsto (sic) en 49 días calendario y que con la aprobación mediante R.G. n.º 084-2010-GRSM». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, el adicional se debió ejecutar en 49 días calendario; sin embargo, el Supervisor ha indicado, también, que a Odebrecht le correspondería una ampliación de plazo de 235 días calendario por la ejecución de dicho adicional.

Que, en otras palabras, de los 235 días calendario 49 ya cuentan con un presupuesto propio; a saber: el aprobado mediante Resolución Gerencial n.º 084-2010-GRSM-PEHCBM/GG.

¹ En torno a la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 21.



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

Que, en tal sentido, quedarían 186 días calendario que no cuentan con un presupuesto propio y que, por lo tanto, correspondería calcularles los mayores gastos generales, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 260 del Reglamento.

- 1.9. En este punto, se debe tener presente el inicio del computo de la ampliación de plazo nº 21, se da desde el 13 de marzo de 2010 y siendo que la ejecución del presupuesto adicional nº 05 es por 49 días, se infiere que el computo se inicia con los plazos para la ejecución del adicional, por ende el mismo venció el 30 de abril de 2010. En consecuencia, le debe corresponder por gastos generales el plazo posterior al 30 de abril de 2010, fecha en la cual se habría cumplido con la ejecución del presupuesto adicional nº 05, precisando que este computo se hace en aplicación estricta de las normas citadas, por cuanto la contratista desde que fue notificada con la aprobación del adicional nº 05 (12 de marzo de 2010) tenía la obligación y el derecho de ejecutar el adicional nº 05 y no antes, por ende esta es una presunción jure et jure, por aplicación del artículo 265º del Reglamento.
- 1.10. En esta línea, a partir del 01 de mayo de 2010 se debe computar el plazo restante de la ampliación de plazo nº 21 para el reconocimiento y pago de los gastos generales, aplicando la diferencia entre los 235 días calendarios reconocidos por dicha ampliación menos los 49 días calendarios, producto de la ejecución contractual, es decir, 186 días calendarios.

Sin embargo, se debe tener presente que la fecha real de culminación de la obra ocurrió el 18 de mayo de 2010, fecha en la cual las partes han aceptado en las distintas audiencias convocadas por este Tribunal Arbitral,



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

así como está documentada en la anotación nº 919 del cuaderno de obra, anotación en la que el residente de obra indica la culminación de los trabajos de obra.

Por otro lado, debemos definir lo que son los gastos generales, para ello la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aplicable para el presente caso, indica en el Anexo I referido a Definiciones lo siguiente: “31 Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio. 32. Gastos Generales Fijos: Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista. 33. Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.”

Es decir, de la lectura de las definiciones sobre gastos generales, se puede afirmar que los mismos se dan cuando se viene ejecutando obra, por ende no correspondería cuando no se esté ejecutando obra. En este extremo, siendo que la culminación real de la ejecución de la obra fue el 18 de mayo de 2010, únicamente debe corresponder reconocer mayores gastos generales aplicando la fórmula hasta esa fecha.

En tal sentido, se debe aplicar la fórmula correspondiente para el cálculo del reconocimiento de los gastos generales por 18 días calendarios, en la etapa de ejecución del laudo arbitral.

NN

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- 1.11. Que, en relación a los intereses, al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio, los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago — precisamente— de dicha obligación de dar suma de dinero.

Que, sobre el particular, el artículo 1334 del Código Civil establece lo siguiente:

«Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).»

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, para los efectos de lo dispuesto por el citado artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Que, en tal sentido, los intereses se deben devengar desde el 29 de diciembre de 2010, fecha en que el Proyecto recibió la solicitud de arbitraje remitida por Odebrecht.

- 1.12. Que, asimismo, cabe recordar que el artículo 1246 del Código Civil ha establecido que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

interés compensatorio (pactado) o del interés legal.² Al respecto, el artículo 1244 del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Que, en el presente caso, corresponde aplicar un interés a tasa legal, desde la fecha en que se notificó al Proyecto la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago del monto que se establezca en ejecución del laudo.

- 1.13. Que, dentro de tal orden de ideas, también corresponde amparar la cuarta pretensión principal de Odebrecht, en los términos señalados en este análisis.

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD ASUMIR LOS COSTOS FINANCIEROS DE LA CARTA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, A PARTIR DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA SIN OBSERVACIONES Y, EN CONSECUENCIA, DISPONER EL PAGO DEL GASTO EFECTUADO POR EL CONTRATISTA, MÁS LOS RESPECTIVOS INTERESES

Posición del Tribunal Arbitral en minoría

- 1.14. Que, en este extremo, declaro que estoy de acuerdo con el análisis vertido, únicamente debiendo agregar o precisar que la obligación de la Entidad ha vencido el día que entregó efectivamente la carta fianza de fiel cumplimiento a la contratista o en la fecha que la misma no se renovó, por

² OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

mandato de este Tribunal Arbitral con ocasión de la medida cautelar que ordenó ello.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

2. Que el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo Parcial. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje. Finalmente, de igual forma, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo parcial.

Finalmente, declaró que estoy de acuerdo con el Laudo Arbitral emitido en mayoría en relación a los demás puntos controvertidos materia de este laudo parcial, los cuales transcribo en su parte resolutiva, con las atingencias señaladas en este voto.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral en minoría **LAUDA PARCIALMENTE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara la nulidad e ineficacia de la Resolución Gerencial n.º 122-2010-GRSM-PEHCBM/GG, de fecha 12 de abril de 2010, que deniega la Ampliación de Plazo n.º 21.



Tribunal Arbitral:
Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se declara aprobada parcialmente la Ampliación de Plazo n.º 21, por 235 días calendario.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** en parte la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, se ordena al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante los gastos generales por 18 días calendarios, debiendo en ejecución de laudo presentar el monto correspondiente, debiendo incluir los índices de precios y el IGV correspondiente, más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

QUINTO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la octava pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

SÉPTIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión subordinada a la octava pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

~ ~

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor del demandante la suma de S/. 2'224,753.06 (incluido I.G.V.), más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

NOVENO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO: Declarar que **CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la segunda pretensión subordinada a la novena pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la décimo primera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia, corresponde declarar que, a partir de la culminación del procedimiento administrativo de la liquidación, no existe obligación derivada del Contrato de Ejecución de Obra n.º 500-2008-GRSM-PEHCBM, pendiente de cumplimiento por parte de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C., que deba ser garantizada por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la décimo primera pretensión principal de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y, en consecuencia:



Proceso Arbitral seguido entre Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo

Tribunal Arbitral:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Alfredo Zapata Velasco
Ricardo Espinoza Rimachi

- (i) declarar que corresponde al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo asumir los costos financieros de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato, a partir de la recepción de la obra sin observaciones; y
- (ii) ordenar al Proyecto Especial Huallaga Central y Bajo Mayo que pague a favor de Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. los referidos costos financieros, más los respectivos intereses devengados desde el 29 de diciembre de 2010 hasta la fecha en que devolvió la carta fianza de fiel cumplimiento a la empresa demandante o cuando dejó de exigir su renovación.



MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI
Árbitro