

Expediente Arbitral N° S-091-2010-PCP

ARBITRAJE: CONTROVERSIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 022-2007-MTC/20, "CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE INTERNACIONAL DE LA CARRETERA PANAMERICANA PIURA-GUAYAQUIL".

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Se expide el presente laudo por unanimidad, a los veintidós días del mes de Junio del dos mil quince, en la sede del Tribunal Arbitral ubicado en Jr. Junín N° 165 – Miraflores, Lima.

PARTES SOMETIDAS AL PROCESO ARBITRAL:

Demandante: CONSORCIO HIDALGO E HIDALGO, a quien en adelante se le denominará indistintamente, la Demandante y/o Hidalgo & Hidalgo y/o la Contratista y/o el Consorcio.

Demandado: PROVIAS NACIONAL, que en adelante se denominará indistintamente, la Demandada y/o la Entidad y/o PROVIAS.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y SECRETARIO:

Presidente:	Dr. Mariano Peña Benavides
Arbitro:	Dr. Randol Edgar Campos Flores
Arbitro:	Dr. Luis Fernando Pebe Romero
Secretario:	Dr. Segundo Lorenzo Montes Rebaza

RESOLUCION NÚMERO N° 26:

Lima, veintidós de Junio de dos mil quince

VISTOS Y ATENDIENDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar la materia en controversia, corresponde precisar lo siguiente:

- 1.1. Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Convenio Arbitral, establecido en el Artículo 66 del Convenio de Financiación ALA/2005/17545, Lote N° 1- Variante Internacional y Puente Internacional (Perú y Ecuador), Condiciones Particulares del Contrato de Ejecución de Obra N° 22-2007-MTC/20 Contrato de Obras para Acciones Exteriores de la Comunidad Europea Financiado por el Presupuesto General de la CE, el Gobierno de Perú, Lote N° 1: Puente Internacional, suscrito con fecha 09 de febrero del 2007, entre el PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL-PROVIAS NACIONAL e HIDALGO & HIDALGO S.A., donde han pactado lo siguiente:

"Todo litigio entre las partes que pudiera presentarse en el curso de la ejecución del presente Contrato y que las partes no hayan podido resolver se someterá al arbitraje de la institución designada por el Órgano de Contratación, con arreglo a las reglas de arbitraje del país Beneficiario".

- 1.2. Que, el doctor Luis Fernando Pebe Romero fue designado árbitro por la parte demandante CONSORCIO HIDALGO E HIDALGO; el doctor Randol Edgar Campos Flores fue designado árbitro por la parte demandada

PROVIAS NACIONAL; y ambos árbitros designaron como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Mariano Peña Benavides.

- 1.3. Que, el CONSORCIO HIDALGO E HIDALGO presentó su demanda arbitral con fecha 02 de agosto del 2010, exponiendo las pretensiones que indica.
- 1.4. Que, PROVIAS NACIONAL fue debidamente notificada con la demanda, y dentro del término conferido, procediendo a deducir excepciones y a contestar la demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- 1.5. Que, el Tribunal Arbitral se instaló en la Audiencia de fecha 18 de abril de 2011, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conforme a los términos que constan en el Acta respectiva. Suspendiéndose la Audiencia hasta que se regularice el pago de los honorarios del arbitraje por parte de la entidad y se autorizó al Consorcio Hidalgo & Hidalgo para que asuma el pago por defecto de la entidad.
- 1.6. Que, con fecha 12 de mayo de 2011, se continuó la Audiencia de Fijación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; en los términos que constan en dicha Acta.
- 1.7. Que, durante el proceso ninguna de las partes presentó recusación alguna contra algún miembro de este Tribunal Arbitral; ni se produjo

reclamo contra los actuados del proceso, ni contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

- 1.8. Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos, concediéndoles la oportunidad para que informen oralmente.
- 1.9. Que, el Tribunal Arbitral debe valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes en su conjunto.
- 1.10. Que, el Tribunal Arbitral debe encontrar el sentido más adecuado respecto a lo pactado por las partes en el Contrato que celebraron, basándose en un criterio de transparencia, de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

II. ANTECEDENTES:


Que, a fojas 03 a 483, obra el escrito de demanda y anexos de CONSORCIO HIDALGO E HIDALGO, presentada con fecha 02 de agosto de 2010, contra PROVIAS NACIONAL, planteando las siguientes **PRETENSIONES**:

- 1.- *Que, se reconozca y ordene a pagar a PROVIAS, los gastos generales variables derivados del plazo del contrato, que no se encuentran en el período de paralización ordenada por la Entidad, los cuales ascienden a la suma de S/. 1'196,322.04 Nuevos Soles, más el IGV, al cual se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.*


2.- Que, se reconozca y ordene a pagar a PROVIAS, los gastos generales variables en que la contratista ha incurrido en los lapsos en donde la obra se encontró paralizada por causas no imputables al contratista, los cuales ascienden a la suma de S/.403,025.94 Nuevos Soles, más el IGV, al cual se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

3.- Que, se reconozca y ordene a pagar a PROVIAS, el monto correspondiente a los trabajos de excavación localizada para Puentes y pilotes perforados de 1.20 metros de diámetro, referido a la Partida 1.03.01, por una suma ascendente a S/. 78,783.82 Nuevos Soles, más el IGV, al cual se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.


En su oportunidad condenar a la demandada al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.
Asimismo, en el tercer otrosí, la demandante confirma que el árbitro de parte que ha designado es el Dr. Luis Fernando Pebe Romero.



Que, mediante Oficio N° 5873-2010-DAA-OSCE su fecha 18 de agosto de 2010, obrante a fojas 485, se puso en conocimiento del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES la copia de la demanda arbitral presentada por el Consorcio Hidalgo & Hidalgo de fecha 02 de agosto de 2010, otorgándole diez (10) días hábiles de recibido el oficio, a fin que cumplan con presentar su contestación de demanda o expresen lo conveniente a su derecho.



Que, mediante Oficio N° 5874-2010-DAA-OSCE de fecha 18 de agosto de 2010, obrante a fojas 486, se puso en conocimiento del Consorcio Hidalgo & Hidalgo, del



traslado de la demanda arbitral y anexos efectuado al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Que, a fojas 539 a 718, obra el escrito y anexos de Apersonamiento, Contestación a la Demanda y Planteamiento de Excepciones, presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de su Procurador Público Jaime José Vales Carrillo, con fecha 02 de setiembre de 2010.

En este escrito la Entidad **deduce las Excepciones de Incompetencia y de Caducidad**, y ha procedido a contestar la demanda en los términos que expresa, ofreciendo los correspondientes medios probatorios.

Que, a fojas 720 obra el Oficio N° 6387-2010-DAA-OSCE de fecha 07 de setiembre de 2010, dirigido al Consorcio Hidalgo & Hidalgo, donde se le notifica con el escrito presentado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 02 de setiembre de 2010, a través del cual se apersona, contesta la demanda y plantea excepciones; otorgándole al Consorcio el plazo de cinco días para que exprese lo que consideren conveniente a su derecho.

Que, a fojas 722 y 727 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, en el cual absuelve las excepciones de incompetencia y de caducidad, deducidas por la Entidad.

Que, a fojas 729 obra el Oficio N° 6738-2010-DAA-OSCE de fecha 21 de setiembre de 2010, dirigido al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, donde se le remite las absoluciones a las excepciones efectuadas por el Consorcio Hidalgo e Hidalgo, otorgándole a la Entidad cinco días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho.

Que, a fojas 731 a 734 obra el escrito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respondiendo a la absolución de excepciones efectuada por el Consorcio Hidalgo e Hidalgo en su escrito presentado con fecha 20 de setiembre de 2010.

Que, a fojas 781 anverso y reverso, obra el **Acta de Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorio**, de fecha **18 de abril de 2011**, realizada en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, con la asistencia de los árbitros doctores Mariano Peña Benavides, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Fernando Pebe Romero árbitro y Randol Edgar Campos Flores árbitro, la doctora Cecilia Cornejo Cabello encargada de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, y con la asistencia del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, representado por el abogado Jesús Antonio Mezarina Castro y Provias Nacional, representado por su apoderado y abogado Ricardo Alberto Brousset Mendoza.

En dicha Audiencia, los árbitros ratificaron su aceptación al cargo y las partes expresaron su conformidad con la designación realizada de cada uno de los árbitros, indicando que al momento de la suscripción de la presente acta, no tienen conocimiento de causal de recusación en contra de ninguno de los árbitros.

Asimismo, se dispuso que las normas legales y reglamentarias aplicables al presente arbitraje, son el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y la Ley General de Arbitraje aprobada por la Ley N° 26572.

Se dispuso que en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas, el Tribunal Arbitral queda facultado para suplirla a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

También se suspendió la Audiencia hasta que se regularice el pago de los honorarios del arbitraje por parte de la entidad y se autorizó al Consorcio Hidalgo & Hidalgo para que asuma el pago por defecto de la entidad.

Que, a fojas 794 a 795 vuelta, obra el **Acta de Audiencia de Fijación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios**, de fecha **12 de mayo de 2011**, realizada en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, con la asistencia de los doctores Mariano Peña Benavides, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Luis Fernando Pebe Romero árbitro y Randol Edgar Campos Flores árbitro, la doctora Cecilia Cornejo Cabello encargada de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, y con la asistencia del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, representado por el abogado Jesús Antonio Mezarina Castro y Provias Nacional, representado por su Procurador Adjunto Alan Carlos Alarcón Canchari.

En esta audiencia, **se declaró el saneamiento arbitral**, indicándose que **habiéndose deducido excepciones, el Tribunal Arbitral las resolverá conjuntamente con el Laudo**.

De igual manera el Tribunal Arbitral propició la conciliación, sin embargo las partes manifestaron que por el momento no resultaba posible arribar a una conciliación.

Seguidamente se determinaron los siguientes **PUNTOS CONTROVERTIDOS**:

- 1) **Determinar si corresponde o no disponer la excepción planteada por la demandada.**

- 2) Que se ordene o no pagar a la Entidad, los gastos generales variables derivados de la extensión de plazo del Contrato, que no se encuentran en el período de paralización ordenada por Provias, los cuales ascienden a \$/. 1'196,322.04.
- 3) Que se ordene o no pagar a la Entidad, los gastos generales variables que la contratista ha incurrido en los lapsos en donde la obra se encontró paralizada por causas no imputables al contratista, los cuales ascienden a \$/. 403,025.94.
- 4) Que se ordene o no pagar a la Entidad, el monto correspondiente a los trabajos de excavación localizada para puentes y pilotes perforados de 1.20 metros de diámetro, referido a la partida 1-03-01, por una suma ascendente a \$/. 78,783.82.

El Tribunal Arbitral dejó constancia que al momento de resolver podrá analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en que están enunciados. De igual manera, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para hacer referencia a cualquier otro extremo que se encuentre controvertido por las partes, proveniente de la demanda y la contestación.

Seguidamente, en la Audiencia se dictó el saneamiento probatorio, admitiéndose las pruebas ofrecidas por el Consorcio Hidalgo & Hidalgo en su demanda presentada con fecha 02 de agosto de 2010, primer otrosí digo Anexos 1-A al 1-D. Asimismo, se admitieron las pruebas ofrecidas por Provias Nacional en su escrito de contestación a la demanda presentado con fecha 02 de setiembre de 2010, punto III medios probatorios y anexos A a la Z y AA y BB.

Finalmente, en dicha Audiencia el Tribunal Arbitral de conformidad con los artículos 46 y 47 del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE,

ordenó como prueba de oficio, realizar un examen pericial por un Ingeniero Civil y/o una entidad especializada en la materia, disponiendo que las partes propongan la terna de profesionales y/o entidades para dicho fin y su propuesta sobre los puntos del examen pericial a practicarse, concediéndoles cinco días. Disponiéndose que por resolución posterior se resolverá lo pertinente.

Que, a fojas 798 a 814, obra el escrito y recaudos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentado con fecha 18 de mayo de 2011, donde propuso como perito al Ingeniero Miguel Salinas Seminario, adjuntando su currículum vitae. Asimismo adjuntó el instructivo para ser considerado en la pericia.


Que, a fojas 822 obra la resolución N° 2, de fecha 14 de diciembre de 2011, que tiene presente la propuesta de perito y puntos del examen pericial de parte de PROVIAS NACIONAL y se otorgó a la demandante el plazo de cinco días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.


Que, a fojas 825 anverso y reverso, obra la resolución N° 3 de fecha 12 de marzo de 2012, que designa como perito al Ing. Miguel Salinas Seminario, otorgándole el plazo de cinco días hábiles para que manifieste su aceptación o no al cargo, y de ser el caso que presente su propuesta técnica económica ante la secretaria del SNA-OSCE. En el punto 6 de la resolución se indicó el objeto de la pericia, que debe ser el siguiente:

- Determinar si existen o no gastos generales variables a ser reconocidos a favor del contratista derivados de la extensión del plazo contractual, que no se encuentran incluidos en el período de paralización de la obra. De ser el caso, determinar el monto de dichos gastos generales.

- Determinar si existen o no gastos generales variables a ser reconocidos a favor del contratista derivados de la paralización de la obra. De ser el caso, determinar el monto de dichos gastos generales.
- Determinar si corresponde o no reconocer a favor del contratista los trabajos de excavación localizada para puentes y pilotes perforados de 1.20 metros de diámetro, referido a la partida 1.03.01. De ser el caso, establecer el monto que debe ser reconocido.
- Establecer si para el reconocimiento de la partida 1.03.01 Pilotes Perforados D=1.20 m, era necesaria la conclusión de la partida y la ejecución de pruebas eléctricas, de acuerdo a lo señalado en las especificaciones técnicas.

Que, a fojas 830 anverso y reverso, obra la **carta N° 001-2012-MSS/PERITAJE/PROVIAS-HH/PUENTE de fecha 26 de marzo del 2012**, presentado por el perito Miguel Salinas Seminario a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE con fecha 30 de marzo de 2012, donde acepta el cargo y propone sus honorarios periciales en S/6,000.00 netos. Asimismo, informa la metodología de trabajo a desarrollar.

 Que, a fojas 834 obra la resolución N° 04 de fecha 19 de abril de 2012, que tiene por aceptado el cargo de perito por parte del Ing. Miguel Salinas Seminario; y se pone de conocimiento de las partes la propuesta técnica económica del perito por el plazo de cinco días hábiles para que expresen lo conveniente a su derecho.

 Que, a fojas 838 obra el escrito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando al Tribunal Arbitral el plazo de tres días hábiles para poder cumplir con el pronunciamiento de la propuesta del perito.

Que, a fojas 839 obra la resolución N° 05 de fecha 17 de mayo de 2012, que otorga a las partes el plazo adicional de tres días hábiles, para que manifiesten lo conveniente respecto a los honorarios, metodología de trabajo y el plazo de entrega de la pericia propuestos por el Ing. Miguel Salinas Seminario.

Que, a fojas 843 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, donde expresa su conformidad con los honorarios del perito y su metodología de trabajo y el plazo de entrega del informe pericial.

Que, a fojas 845 obra el escrito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, donde manifiesta su conformidad con el plan de trabajo del perito.

Que, a fojas 846 anverso y reverso, obra la resolución N° 06 de fecha 07 de junio de 2012, en la que se tiene presente lo indicados por las partes en sus respectivos escritos respecto a la propuesta del perito. Asimismo, se otorga al perito el plazo de cinco días hábiles para que señale con toda precisión la documentación que necesita. Asimismo, se otorga a las partes cinco días hábiles para que procedan a pagar el 50% de los honorarios del perito en proporciones iguales; y se otorga al perito el plazo de 45 días calendario para que haga entrega del informe pericial.

Que, a fojas 851 obra la carta N° 002-2012-MSS/PERITAJE/PROVIAS-HH/PUENTE del perito Miguel Salinas Seminario de fecha 13 de junio de 2012, recibida por el Centro de Arbitraje del OSCE con fecha 15 de junio de 2012, detallando la documentación que requiere para elaborar el peritaje técnico.

Que, a fojas 856 anverso y reverso, obra la resolución N° 07 de fecha 04 de julio de 2012, en la que se otorga a las partes el plazo de cinco días hábiles para que cumplan con remitir a la secretaría del SNA-OSCE la información y/o documentación requerida por el perito. Y se le concede al perito tres días hábiles para que remita a la secretaría del SNA-OSCE su recibo por honorarios por el monto neto de S/.3,000.00.

Que, a fojas 861 obra el escrito del Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, solicitando un plazo ampliatorio de 15 días hábiles adicionales para remitir los documentos solicitados por el perito.

Que, a fojas 864 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, indicando que atendiendo a la resolución N° 07 de fecha 04 de julio del 2012, cumple con adjuntar la documentación requerida por el perito.

Que, a fojas 869 anverso y reverso, obra la resolución N° 08 de fecha 01 de agosto de 2012, que tiene por presentada la documentación requerida por el perito. Se dispone que la secretaria del SNA-OSCE remita al perito la documentación proporcionada por las partes, y se otorga a las partes el plazo de cinco días hábiles, para que cancelen el 50% de los honorarios del perito a razón de S/.1,500.00 cada una.

Que, a fojas 878 a 1038 obra el **Informe del Peritaje Técnico**, elaborado por el perito Miguel Salinas Seminario, de fecha 14 de diciembre de 2012, presentado con fecha 18 de diciembre de 2012.

Que, a fojas 1039 anverso y reverso, obra la resolución N° 09 de fecha 21 de diciembre de 2012, en la que se otorga excepcionalmente a las partes el plazo de

cinco días hábiles para que paguen el 50% de los honorarios del perito. Se tiene presente el escrito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del 08 de agosto del 2012 con conocimiento del perito, y se dispone que el perito emita sus recibos por honorarios.

Que, a fojas 1063 obra la resolución N° 10 de fecha 15 de febrero de 2013, en la que se dispuso suspender el proceso arbitral por 30 días hábiles, hasta que las partes cumplan con acreditar el pago del primer y segundo anticipo de los honorarios del perito Ing. Miguel Salinas Seminario.

Que, a fojas 1067 obra la resolución N° 11 de fecha 04 de marzo del 2013, en la que se tiene por cumplido el pago de la totalidad del primer y segundo anticipo de los honorarios del perito, a cargo del Consorcio Hidalgo e Hidalgo. Se mantiene la suspensión del proceso establecida en la resolución N° 10, hasta que Provias Nacional cumpla con pagar los honorarios del perito.

Que, a fojas 1071 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, presentado con fecha 04 de junio de 2013, en el que se subroga en el pago de los honorarios del perito a cargo de la Entidad; solicitando que el perito emita su recibo al Consorcio para los efectos contables y tributarios.

Que, a fojas 1073 anverso y reverso, obra la resolución N° 12 de fecha 06 de junio de 2013, en la que se tiene por cumplido el pago del primer y segundo anticipo de los honorarios del perito a cargo de Provias Nacional realizado por el Consorcio Hidalgo e Hidalgo. Se autoriza a la secretaria del SNA-OSCE a entregar al perito el cheque emitido por el Consorcio Hidalgo e Hidalgo, y se pone en conocimiento de las

partes el Dictamen Pericial emitido por el perito Ing. Miguel Salinas Seminario, otorgándose a las partes 10 días hábiles a fin que formulen sus observaciones que consideren pertinentes de ser el caso.

Que, a fojas 1081 a 1084, obra el escrito del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, donde absuelve la pericia.

Que, a fojas 1091 obra la resolución N° 13 de fecha 09 de julio de 2013, que tiene presente las observaciones al dictamen pericial formuladas por Provias Nacional.

Que, a fojas 1095 a 1096 obra la carta N° 001-2013-MSS/PERITAJE/PROVIAS-HH/PUENTE del perito Ing. Miguel Salinas Seminario, de fecha 07 de octubre de 2013, presentada con fecha 10 de octubre de 2013, en la que da las respuestas a las observaciones formuladas por Provias Nacional.

Que, a fojas 1098 obra el escrito del Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y sus Proyectos Especiales, presentado con fecha 14 de marzo del 2014, en el que solicita se les notifique con el proveído de la absolución de las observaciones efectuadas por el perito, y **en el otrosí solicita correr traslado a la otra parte para que acepte variar el presente arbitraje SNA-OSCE a uno Ad hoc**, por las razones que expone.

Que, a fojas 1099 obra la resolución N° 14 de fecha 21 de marzo de 2014, en la que se tiene presente el levantamiento de las observaciones al dictamen pericial efectuadas por el perito. **Se cita a las partes y al perito Ing. Miguel Salinas Seminario a la AUDIENCIA DE PRUEBAS para el día 22 de abril del 2014 a las**

4:00 p.m. en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE; y se corre traslado del escrito presentado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones al Consorcio Hidalgo e Hidalgo para que exprese aquello que considere pertinente.

Que, a fojas 1105 obra el escrito del **Consorcio Hidalgo e Hidalgo**, presentado con fecha 08 de abril de 2014, donde cumple con presentar su consentimiento expreso a la propuesta planteada por la Entidad, solicitando al Tribunal Arbitral disponer la variación del presente arbitraje a uno ad hoc.

Que, a fojas 1107 obra el escrito del Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y sus Proyectos Especiales, presentado con fecha 10 de abril del 2014, en el que solicita la reprogramación de la Audiencia de Pruebas, por las razones que expone.

Que, a fojas 1108 obra la **resolución N° 15 de fecha 23 de abril de 2014**, en la que **se tiene por variado el presente arbitraje institucional a uno Ad hoc**, cuya sede se realizará en la oficina ubicada en Jr. Junín N° 165, distrito de Miraflores, y se designó al Dr. Lorenzo Montes Rebaza como Secretario Arbitral Ad hoc. Asimismo, se dejó sin efecto la Audiencia de Pruebas programada para el 22 de abril a las 4:00 p.m. en la Dirección de Arbitraje del OSCE.

Que, a fojas 1112 obra la **Carta s/n -2014-OSCE/DAA** de fecha 04 de junio de 2014, suscrita por el Secretario Arbitral de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE Jorge Antonio Cervantes Mejía, por medio de la cual **remite al nuevo Secretario Arbitral Ad hoc Lorenzo Montes Rebaza, copias certificadas del íntegro del**

expediente arbitral N° S 091-2010/SNA-OSCE, correspondiente al proceso arbitral seguido por Consorcio Hidalgo & Hidalgo y Provias Nacional, en un total de mil ciento once (1,111) folios, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral mediante resolución N° 15 de fecha 23 de abril de 2014.

Que, a fojas 1114 obra la resolución N° 16 de fecha 13 de junio de 2014, en la que se citó al Consorcio Hidalgo & Hidalgo y a Provias Nacional a Audiencia Especial para reglar el presente arbitraje Ad hoc, para el día 30 de junio de 2014 a las 4:30 p.m..

Que, a fojas 1120 a 1123 obra el **Acta de Audiencia Especial** de fecha 30 de junio de 2014, que ha tenido por objeto reglar las actuaciones arbitrales del presente Arbitraje Ad hoc, desde la etapa probatoria.

Que, a fojas 1124 obra la resolución N° 17 de fecha 01 de julio de 2014, que cita a las partes a Audiencia Especial de Ilustración de Hechos para el día 14 de julio de 2014 a las 12:00 del medio día.

Que, a fojas 1128 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, donde solicita la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Hechos, por las razones que indica.

Que, a fojas 1129 obra la resolución N° 18 de fecha 11 de julio de 2014, que reprogramó la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos para el día 11 de agosto de 2014 a las 12:00 meridiano.

Que, a fojas 1143 y 1144, obra el Acta de Audiencia Especial de Ilustración de Hechos, en los términos allí expuestos.

Que, a fojas 1146 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, donde adjunta los medios de pago que cancela los nuevos anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral Ad hoc.

Que, a fojas 1150 obra la resolución N° 19 de fecha 25 de agosto de 2014, en la que se tiene por cumplido por parte del Consorcio Hidalgo e Hidalgo el pago del nuevo anticipo de honorarios de los árbitros y de la secretaría en la parte que le corresponde. Se requirió a Provias para que dentro del plazo de 5 días hábiles, proceda apagar en nuevo anticipo de los honorarios en la parte que le corresponde. Facultándose a la parte demandante para que asuma el pago en defecto de la Entidad.

Que, a fojas 1151 obra la resolución N° 20 de fecha 25 de agosto de 2014, en la cual se Reprogramó la Audiencia de Pruebas para el día 11 de setiembre de 2014 a las 12:00 meridiano.

Que, a fojas 1157 obra el escrito del Consorcio Hidalgo e Hidalgo, presentado con fecha 09 de setiembre de 2014, solicitando que se reprogramme la Audiencia de Debate pericial programado, por las razones que expone.

Que, a fojas 1158 obra la resolución N° 21 de fecha 09 de setiembre de 2014, en la que se reprogramó la Audiencia de Pruebas para el día 25 de setiembre de 2014 a las 12:00 meridiano.

Que, a fojas 1162 a 1163 obra el **Acta de Audiencia de Pruebas**, donde el perito Ing. Miguel Salinas Seminario, realizó una exposición pormenorizada de su dictamen y absolvió las observaciones formuladas por las partes.

Que, a fojas 1164 obra la resolución N° 22 de fecha 27 de octubre de 2014, donde tiene por cumplido el pago del anticipo de honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral, por parte de la demandada Provias Nacional.

Que, a fojas 1167 obra la resolución N° 23 de fecha 03 de marzo de 2015, en la que **se declaró cerrada la etapa probatoria** y se dispuso que las partes cumplan con presentar sus conclusiones o alegatos escritos, otorgándoles el plazo de cinco días hábiles. Asimismo, se les otorgó a las parte el derecho para que soliciten informe oral.

Que, a fojas 1170 a 1178 obra el escrito de Alegatos presentado con fecha 13 de marzo del 2015 por el Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Que, a fojas 1179 obra la resolución N° 24 de fecha 27 de marzo de 2015, que dispone **el Tráigase los Autos Para Laudar**, en el plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de la presente resolución.

Que, a fojas 1182 obra la resolución N° 25 de fecha 11 de mayo de 2015, que dispone **prorrogar el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales**, que vence indefectiblemente el día 24 de junio de 2015.

Y,

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el Tribunal Arbitral debe indicar que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para

resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo, y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

SEGUNDO: Que, de conformidad con en el Acta de Audiencia de Fijación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, llevada a cabo con fecha 12 de mayo de 2011 con asistencia de las partes, el Tribunal Arbitral determinó que las excepciones deducidas se resolverán conjuntamente con el Laudo.

Siendo ello así, se procede a resolver las siguientes:

EXCEPCIONES DEDUCIDAS:

SOBRE LA EXCEPCION DE CADUCIDAD DEDUCIDA POR LA ENTIDAD DEMANDADA QUE AFECTAN A LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES INVOCADAS POR EL CONTRATISTA

1. Con el propósito de resolver esta excepción deducida por la Entidad demandada es preciso acudir previamente a las reglas contenidas en el contrato suscrito entre las partes, teniendo en consideración que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 4° del contrato antes mencionado se estipula:

"El órgano de contratación conviene en pagar al titular, como contrapartida por la ejecución y terminación de las obras y la subsanación de los eventuales defectos la cantidad de:

Precio del contrato (sin IGV)
Contribución de la CE
Contribución del Gobierno del Perú (inc IGV)
IGV (Perú)

S/. 9'482,578.00 Nuevos Soles
S/. 8'772,308.64 Nuevos Soles
S/. 2'511,959.18 Nuevos Soles
S/. 1'801,689.82 Nuevos Soles

Precio del Contrato (inc. IGV)

S/. 11'284,267.82 Nuevos Soles"

2. De lo anterior el Tribunal constata que el financiamiento del presente contrato tiene un fuerte componente internacional que se deriva de la contribución dada por la Comunidad Europea que resulta siendo sustancial respecto del monto total de la obra, pues representa el **77.74%** del precio del contrato incluido el IGV ¹, circunstancia relevante que obliga a las partes someterse a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ², disposición normativa que establece:

*"Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales **se sujetarán a las disposiciones establecidas en dichos compromisos** cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional, cumplan con los principios que contemplan la presente Ley y siempre que los procesos y **sus contratos sean financiadas por la entidad cooperante en un porcentaje no menor al sesenta por ciento (60%)** con recursos provenientes de la entidad con la que el Estado Peruano ha celebrado el convenio internacional "*

3. Teniendo en consideración lo prescrito en la norma antes citada y en concordancia con el hecho que el presente contrato materia de la presente controversia posee un financiamiento internacional dada por la Comunidad Europea ascendente al **77.74%** respecto del precio total, es que todas las normas que han sido invocadas por la entidad demandada correspondientes a la contratación pública derivadas de los Decretos Supremos N° 083 y 084-2004-PCM **no resultan válidamente aplicables a la presente controversia** ³, siendo precisamente esta la razón del

¹ El porcentaje 77.74% ha sido obtenido a través de la siguiente operación: que porcentaje representa la contribución de la CE, ascendente a S/.8'772,308.64, respecto del precio total del contrato incluido IGV, ascendente a la suma de S/. 11'284,267.82.

² En este caso, el Tribunal tiene en consideración que la norma arriba descrita es la que se hallaba vigente a la fecha de suscripción del contrato que es materia de la presente controversia.

³ En este caso nos referimos a que **no son aplicables** a la presente controversia, en virtud a lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria de la ley arriba citada, el artículo 53° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM que aprueba el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como también **no son aplicables** -entre otros- los artículos 204°, 269°, 273° del Reglamento de la Ley antes citada del Decreto

porque la regulación que se encuentra contenida en el aludido contrato, así como en sus respectivas Condiciones Generales y Particulares del Contrato se aleja y desvincula de todo lo prescrito en los diversos artículos que regulan los diversos tópicos del contrato de obra previstos en la normatividad invocada por la demandada, por tanto, es en virtud a ello que las partes se encuentran plenamente sometidas a las cláusulas generales y particulares que regulan el presente contrato y **no a las normas de contratación pública invocadas por la entidad contratante**, ello de conformidad con lo prescrito en la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM antes citada;

4. En ese orden de ideas se tiene entonces que la argumentación sostenida por la Entidad demandada en la presente excepción en la que se invoca la aplicación de la normativa de contratación pública no resulta ni aplicable al presente contrato ni oponible a su contraparte, pues ni en el contrato que fue suscrito entre la entidad demandada y el contratista, ni en sus respectivas Condiciones Generales y Particulares que la conforman sea previsto de manera expresa algún plazo de caducidad que se impongan a éstas y que por tanto sea aplicable a la presente controversia, así por ejemplo, el artículo 49 de las Condiciones Generales del Contrato ⁴ que regula los temas relacionados con la liquidación final de la obra **no estipula plazo de caducidad alguna** que incida sobre la controversia que se genere entorno a ella;

5. Ahora bien de los documentos presentados por las partes en el presente proceso arbitral, el Tribunal tiene claro que el Consorcio demandante cuestionó expresamente el 26 de enero de 2009, mediante comunicación contenida en la Carta N° 017-2009/CHeH-Lima, la liquidación de obra que fue aprobada por la entidad demandada a través de la Resolución Directoral N° 017-2009-MTC/20 de fecha 12 de enero de 2009, esto es, catorce días después de haber sido notificada de la aludida liquidación; por lo que, en razón a ello el Tribunal tiene en

Supremo N° 084-2004-PCM, los cuales han sido invocados por la demandada como sustento jurídico de la excepción.

⁴ Téngase presente que el artículo 49 de las CGC no fue modificado por las Condiciones Particulares.

consideración que la referida liquidación no se encuentra consentida, pues la misma **no contó con la conformidad expresa del contratista**, en virtud a que la sometió a los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato, en los que según señala la recurrente, se resolverían de modo definitivo las discrepancias que afectaban a la liquidación ⁵;

6. Siguiendo con el lineamiento antes expuesto, y teniendo en consideración que la liquidación aprobada por la entidad demandada no se encuentra consentida, en virtud (i) al cuestionamiento expreso formulado en contra de ésta por parte del contratista y (ii) por su sometimiento a los mecanismos de resolución de litigio estipulado en el contrato ⁶, el Tribunal también constata que ni en el artículo 65.2 de las Condiciones Generales y Particulares del Contrato, así como ni en el artículo 66.b de las Condiciones Particulares antes citado, las partes establecieron un **plazo de caducidad expreso** que limite el ejercicio de acción de cualquier controversia derivada del contrato (incluyendo la liquidación), antes bien en éste último caso (artículo 66 de las Condiciones Generales del Contrato) solo se estableció que de haber transcurrido 120 días tras el inicio de uno de los procedimientos de resolución de litigios por vía no contenciosa cualquiera de las partes podrá someter el caso a arbitraje ⁷, **sin establecer ni imponer expresamente un plazo máximo que se configure como plazo de caducidad** que sea vinculante para las partes;

⁵ Para todos los efectos puede verse la Carta N° 017-2009/CHeH-Lima que fue adjuntada en el anexo J del escrito de contestación de demanda presentada por la Entidad demandada.

⁶ La parte pertinente del primer párrafo de la Carta N° 017-2009/CHeH-Lima enviada por la contratista a su contratante, indica: "Nos dirigimos a usted con el propósito de informarle nuestra decisión de **no consentir la liquidación aprobada por el contratante (...), por lo que (...)** consideramos oportuno invocar en ejercicio pleno de nuestro derecho de defensa los mecanismos de solución de controversia previstos en el contrato suscrito con la Entidad (...)"

⁷ Lo señalado corresponde al primer párrafo del artículo 66 de las Condiciones Generales del Contrato que estipula: "Resolución de litigios por vía contenciosa. Si no se llegará a un acuerdo en un plazo de 120 días tras el inicio de uno de los procedimientos de resolución de litigios por vía no contenciosa antes mencionada, cada una de las partes podrá someter el caso (...) b) a una decisión arbitral".

7. En ese orden de ideas se tiene entonces que el hecho que la contratista haya presentado por ejemplo el 04 de noviembre de 2009 ante la Secretaría General del Centro de Arbitraje de la PUCP la solicitud de arbitraje sobre la liquidación de obra o que la demanda arbitral haya sido finalmente presentada el 02 de agosto de 2010 ante el Organismo Superior de Contrataciones del Estado ⁸, no implica que su presentación sea tardía o extemporánea o que se haya presentado vencido el plazo de caducidad invocada por la demandada, pues de acuerdo a las consideraciones que han sido antes expuestas, las normas de contratación pública sostenidas por la entidad **no son válidamente aplicables al presente contrato y por su mérito tampoco a la presente controversia**, en virtud a lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM que aprueba el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al que la propia entidad demandada se encuentra plenamente sometida, debiendo entonces las partes sujetarse a las disposiciones del contrato, en las que como sea fundamentado **no existe ninguno plazo de caducidad** aplicable a la liquidación de la obra; no obstante lo cual el Tribunal estima pertinente tener presente que conforme se desprende de la Carta N° 017-2009/CHeH-Lima del 26 de enero de 2009 suscrita por la contratista, ésta contravirtió expresamente la

⁸ Es oportuno señalar en este extremo lo siguiente:

1. De acuerdo a lo estipulado en el artículo 66.b de las Condiciones Particulares del Contrato se prescribe: "b) Todo litigio entre las partes que pudiera presentarse en el curso de la ejecución del presente contrato y que las partes no hayan podido resolver se someterá al arbitraje de la institución designada por el Órgano de Contratación, con arreglo a las reglas de arbitraje del país Beneficiario".
2. En virtud a ello, se tiene que si bien el arbitraje es uno de los mecanismos a través de los cuales se resolverán las controversias que se susciten en el contrato, el artículo 66.b de las Condiciones Particulares señala que corresponderá al Órgano de Contratación (esto es, a la entidad demandada) designar a la institución arbitral en donde se hará efectiva el arbitraje.
3. Ahora bien, de la documentación presentada en el presente proceso, el Tribunal constata que la entidad demandada **recién designa** a la institución arbitral el 12 de noviembre de 2009 (según se desprende del numeral 4 de la página 3 de su escrito de contestación de demanda) a pesar que la controversia sobre la liquidación de la obra se dio el 26 de enero de 2009, luego que el consorcio demandante contravirtió dicha liquidación, a través de su Carta N° 017-2009/CHeH-Lima.
4. En ese orden de ideas, se advierte que a pesar que la designación de la institución arbitral se haya dado por parte de la demandada nueve meses después de haberse controvertido la liquidación, ello no implica propiamente una demora con relevancia jurídica, pues **no existe en los documentos contractuales ningún plazo expreso que sea oponible a la entidad demandada dentro del cual ésta debía designar a la institución arbitral al que hace referencia el artículo 66.b de las Condiciones Particulares del Contrato**.
5. Bajo el mismo lineamiento queda claro también para el Tribunal que en los documentos contractuales antes mencionado, **no se estableció ningún plazo expreso que sea oponible al consorcio demandante para la presentación de su demanda arbitral, que se configure como plazo de caducidad**.

liquidación aprobada por la entidad contratante, dentro de los catorce días calendario posteriores a su notificación, sometiéndola a los mecanismos de solución de controversias previstos en el contrato, por lo que queda demostrado que la liquidación antes mencionada no quedó consentida ⁹;

8. En atención a las consideraciones antes expuestas, el Tribunal considera que la excepción de caducidad formulada por la entidad demandada debe ser desestimada, pues del contenido del contrato, así como de sus respectivas Condiciones Generales y Particulares no existe plazo de caducidad que se haya regulado expresamente en los documentos contractuales antes citados que pueda ser aplicado de forma válida a la presente controversia y, por tanto, ser oponible al consorcio demandante;

SOBRE LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR LA ENTIDAD DEMANDADA QUE AFECTAN A LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES INVOCADAS POR EL CONTRATISTA

⁹ Prueba que la liquidación de obra aprobada por la entidad demandada no se encontraba consentida, al encontrarse la misma sujeta a los mecanismos de resolución de controversias previstos en el contrato, es la Carta N° 032-2009-CHH-Lima del 09 de marzo de 2009, suscrita por la contratista (ver anexo L del escrito de contestación de demanda de la entidad contratante), en la que el consorcio demandante señala:

"Nos dirigimos a Usted con el propósito de solicitarle proceda a la confirmación de lo señalado en el Oficio N° 016-2009-MTC/20.5 (...) en el que nos expresan la ratificación de los montos establecidos en la liquidación aprobada a través de la Resolución Directoral N° 017-2009-MTC/20, ratificación que entendemos deja de lado cualquier posibilidad de un trato amigable o de una conciliación, respecto de la controversia planteada por la contratista, por lo que de ser esta también su decisión, nos obligaría a ejercer en función a nuestro derecho de defensa, lo prescrito en el artículo 66° de las Condiciones Particulares del Contrato"

De lo anterior el Tribunal constata que a través de la comunicación antes señalada, el consorcio demandante solicita a la demandada que con el Oficio antes mencionado, confirme si con ello se cierra la etapa correspondiente al trato amigable, así como de conciliación, siendo ambos dos de los mecanismos de resolución de conflictos por vía no contenciosa regulada en el artículo 65 de las Condiciones Generales del Contrato que es previo al arbitraje; por tanto, en mérito a ello el Tribunal estima que el contratista **recurrió a los medios de resolución de conflictos previstos en el contrato y no a los previstos en las normas de contratación pública invocadas por la entidad**, las mismas que no son aplicables al presente contrato, conforme a los fundamentos antes expuestos; por lo que atendiendo a ello queda claro que la liquidación aprobada por la entidad no estaba consentida conforme lo sostiene ésta, pues desde el 26 de enero de 2009 dicha liquidación se encontró sujeta a los medios de resolución de conflictos previstos en el contrato, desvirtuándose así lo sostenido por la entidad demandada.

9. En este extremo el Tribunal Arbitral deja constancia que los fundamentos que han sido expuestos por la entidad demandada para sustentar la presente excepción de incompetencia, son sustancialmente los mismos que los invocados en el caso de la excepción de caducidad; por lo que, en virtud a dicha circunstancias la presente excepción deberá desestimarse, por los fundamentos que han sido expuestos precedentemente, a los que nos remitimos.

TERCERO: PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA PRIMERA PRETENSION INVOCADA POR LA CONTRATISTA:

QUE SE ORDENE O NO PAGAR A LA ENTIDAD LOS GASTOS GENERALES VARIABLES DERIVADOS DEL PLAZO DEL CONTRATO QUE NO SE ENCUENTRA EN EL PERIODO DE PARALIZACION ORDENADA POR LA ENTIDAD ASCENDENTE A LA SUMA DE S/1'196,322.04, MAS EL IGV AL QUE SE LE DEBERÁ AÑADIR LOS REAJUSTES E INTERESES QUE CORRESPONDAN HASTA LA FECHA EFECTIVA DE SU CANCELACION.

1.- Respecto de la presente controversia es preciso delimitar que, de acuerdo a la información contenida en la documentación presentada en el proceso arbitral (así tenemos por ejemplo el Oficio N° 040-EV1-09-P327C del 05 de enero de 2009 que fue adjuntado por la entidad demandada en el Anexo "E" de su escrito de contestación de demanda), revisada y analizada posteriormente por el perito designado de oficio por el Tribunal, se aprecia que los gastos generales ofertados en el contrato materia de controversia **han sido estructurados en conjunto con otros dos contratos que, en la realidad de los hechos, interactúan para la satisfacción de los intereses comunes de las partes**, identificándose entre estos tres contratos, formalmente considerados, una clara hipótesis de coligación negocial, que articulan **una única operación económico contractual-negocial** orientada a la obtención de un **resultado unitario** al que se dirige el propósito

práctico de las partes involucradas¹⁰, esto es, la implementación de una vía de acceso entre el Perú y el Ecuador en un espacio geográfico determinado, de lo que se desprende que nos encontramos, en el supuesto sometido a controversia, ante un **único propósito contractual** perseguido por las entidades contratantes y el Consorcio demandante, que sólo formalmente decidieron celebrar tres contratos, atendiendo a sus competencias derivadas de la ubicación geográfica de cada parte de la obra (resultado único), lo que se demostraría a través de la utilización reiterativa de un tipo contractual, y sobre todo, a través de la decisión de las partes intervinientes en los tres (03) contratos consistente en adoptar, dejando de lado la formalidad de los tres contratos, la figura de los gastos generales comunes¹¹, aún cuando estaba dentro de los alcances de su autonomía contractual la posibilidad de estructurar un cálculo separado de los gastos generales para cada uno de los contratos celebrados, criterio que, desde ya, asume el Tribunal Arbitral y que encuentra asidero específico en el propio contenido de la pericia de oficio, cuando señala:

"Comentario del perito:

Del documento anterior se observa que el contratista considero los costos de cada recurso en US\$ (...). Así tenemos:

¹⁰ Es la opinión dominante en la doctrina especializada, así GABRIELLI, Enrico *L'operazione economica nella teoria del contratto*, en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, LXIII, Milano, 2009, 3, pp. 905 y ss. Así la noción de operación económica, como categoría conceptual identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que se vinculan a este para la consecución de los resultados queridos, y a la situación objetiva en la cual el conjunto de las reglas y los otros comportamientos se colocan, puesto que tal situación también concurre al definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada. En tal sentido SCONAMIGLIO, Claudio *Problemi della causa e del tipo in Trattato del Contratto*, dirigido por Vincenzo Roppo, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006, vol. II, p. 119.

¹¹ Por gastos generales comunes se quiere decir que los mismos serán indistintamente empleados para las tres obras o proyectos que más adelante se detallan. En todo caso, es oportuno destacar que el hecho que los gastos generales sean comunes para la **Variante Internacional Lado Perú, la Variante Internacional Lado Ecuador y el Puente Internacional** evidencia de forma concluyente que en realidad se trata de una **sola operación económica-contractual, que se ha articulado mediante la configuración de una coligación negocial – contractual mediante la formalización de tres (03) contratos**, lo que concuerda no solo con la posición asumida por el supervisor de la obra sino también con la posición sostenida por el perito, según la cual nos encontraríamos técnicamente frente a un **solo contrato que tiene como objeto tres (03) obras** que se encuentran causalmente vinculadas entre sí y que apuntan a un **propósito común**, que debe tener prevalencia frente al tratamiento diferenciado plasmado en la separación formal de cada uno de los documentos contractuales que contienen los contratos celebrados, siendo precisamente esta la explicación por la cual los recursos que involucran los **gastos generales comunes** ofertados por la contratista son los mismos para las tres obras en virtud, lo reiteramos, a que se está ante una misma operación económica contractual-negocial.

GASTOS GENERALES FIJOS	US\$ 720,900.00
GASTOS GENERALES VARIABLES	US\$ 5'097,866.62
UTILIDAD (7%)	US\$ 2'262,853.68
TOTAL COSTOS INDIRECTOS (25%)	US\$ 8'801,620.30

Sin embargo, a su vez, este monto de **GASTO GENERAL VARIABLE total del contrato, se reparten entre 3 obras**, de donde, aplicando una proporción en base al monto de costo directo de cada obra, se tiene:

GASTO GENERAL VARIABLE DEL PUENTE INTERNACIONAL	$\frac{US\$ 5'097,866.62 \times US\$ 2'262,377.46}{US\$ 32'326,481.19}$
	US\$ 369,233.82

Finalmente, si US\$ 5'097,866.62 es el 100% de los GASTOS GENERALES VARIABLES **de todo el contrato**, el monto de US\$ 369,233.82 equivale al 7.24% del mismo.

En este marco el perito entiende, por ejemplo que, si según la estructura de gastos generales variables ofertadas por el Consorcio el Jefe de Proyecto (podríamos pensar que se trata del Ingeniero Residente de Obra) tiene un sueldo mensual de US \$7,000 (al cambio de S/.3.24, serían S/.22,680) aplicable al Puente Internacional es solo el 7.24%, es decir S/.1,642.03; y así para **cualquier otro gasto general.**" ¹²

- 2.- En ese mismo orden de ideas está el posicionamiento del Supervisor de la Obra cuando en el numeral 1.2 de su Oficio N° 040-EV1-09-P327C del 05 de enero de 2009 señala "Como producto de la resolución del contrato del Puente y en función de la oferta económica del contratista, se han definido los gastos generales fijos y

¹² El extracto obtenido de la pericia arriba descrita se encuentra contenido en la página 11 del informe pericial del Ing. Miguel Salinas Seminario al que nos remitimos.

gastos generales variables para cada uno de los proyectos que componen la oferta.

<u>COSTO DIRECTO</u>		<u>INCIDENCIA</u>
Variante Internacional Lado Perú	US\$ 23,423.434.05	72.46%
Puente Internacional	US\$ 2,341.377.46	7.24%
Variante Internacional Lado Ecuador	US\$ 6,561,669.68	20.30%
 COSTO DIRECTO TOTAL	 US\$ 32,326,481.19	 100.00%
 GASTOS GENERALES	 FIJOS US\$ 720,900.00 VARIABLES US\$ 5,097,866.62	
 UTILIDAD	 US\$ 2,262,853.68	
 PRESUPUESTO TOTAL OFERTADO	 US\$ 40,408.101.49	

CALCULO DE INCIDENCIA DE GASTOS GENERALES PTE. INTERNAC.
7.24%

DESAGREGADO DE GASTOS GENERALES DE PTE. INTERNAC

FIJO	US\$ 52,214.12	TC 3.24	S/. 169,173.75
VARIABLE	US\$ 369,233.79		S/. 1,196,317.48"

- 3.- De lo anterior, esto es de la información suministrada al Tribunal que no fue cuestionada, observada u objetada por ninguna de las partes se tiene que los gastos generales variables que fueron ofertados por la contratista fueron **estructurados en conjunto, es decir, fueron únicos y comunes**, para los tres proyectos u obras cuya ejecución se hallaba a cargo del mismo contratista, siendo éstas la **Variante Internacional Lado Perú, la Variante Internacional Lado Ecuador y el Puente Internacional**, de modo tal que con la ejecución de los

mismos recursos y prestaciones que conformaban dichos gastos generales comunes la contratista debía atender a las tres obras o proyectos antes mencionados¹³, por lo que, el Tribunal considera que siendo los mismos recursos comprendidos en los aludidos gastos generales los que la contratista empleaba para ejecutar las tres obras antes citadas es que (i) **sólo para los efectos del pago** una parte del costo total de los referidos gastos generales comunes pactado por las partes (ascendente a US \$5,097,866.62) fue asignado a cada obra o proyecto en función a la **incidencia que cada una de éstas obras tenía sobre el costo directo total** al que alude la supervisión, de allí que (ii) tanto para el supervisor como para el perito designado de oficio por el Tribunal la proporción del costo correspondiente a los gastos generales comunes que debía asumir la obra del Puente Internacional ascendía a **7.24%**, pues este era el porcentaje de incidencia que el costo directo de la citada obra tenía sobre el costo directo total de las tres obras antes citadas¹⁴;

- 4.- Ahora bien, una prueba que demuestra de forma concluyente que los mismos gastos generales ofertados por el contratista correspondían a las **tres obras y/o proyectos antes mencionados**, es el hecho que la supervisión haya reconocido el pago de los gastos generales fijos que correspondían al Puente Internacional, en concordancia con el porcentaje de incidencia que el costo directo de la citada obra tenía sobre el costo directo total de las tres obras antes citadas, así señala la supervisión en el numeral 1.2 de su Oficio N° 040-EV1-09-P327C del 05 de enero de 2009, lo siguiente:

"Los Gastos Generales Fijos Totales para todo el proyecto del contratista tiene un monto total USD 720,900.00, comprende los conceptos por:

¹³ Un ejemplo de ello es el que fue dado por el perito el cual se encuentra descrito en la parte final del numeral 1 de los considerandos de este extremo del laudo.

¹⁴ El porcentaje ascendente a 7.24% arriba señalado se desprende de la siguiente operación aritmética:

$$\frac{\text{Costo Directo Total } (\$5,097,866.62) \times 100}{\text{entre el Costo Directo del Puente Internacional } (\$2,341,377.46)}$$

Precisamos que los montos señalados han sido obtenidos de la información suministrada tanto por la supervisión como por la pericia de oficio.

- Campamentos
- Gastos Administrativos (...)
- Movilización y desmovilización (...)
- Otros (...)

En este caso específico del Puente Internacional le corresponde el 7.24% que equivalen a S/.169,173.75 (...)

Los Gastos Generales Fijos han sido reconocidos en su totalidad de acuerdo a la oferta económica del contratista y de acuerdo al desagregado indicado, en virtud de que los gastos generales fijos se realizan una sola vez, y deben ser reintegrados en su totalidad al contratista a efectos de una terminación anticipada"

- 5.- En consecuencia de lo anterior, es decir, según lo señalado por el propio supervisor y el perito, el Tribunal tiene claro i) que cada una de las tres obras participa del costo total al que ascienden los gastos generales comunes (ascendente a la suma de \$720,900 en el caso de los fijos y de \$5,097,866.62 en el caso de los variables), ii) que esta participación se encuentre en función directa al grado de incidencia que éstas poseen sobre el costo directo total de las tres obras; lo cual determina que iii) **el costo de los recursos involucrados en los referidos gastos generales tomados como comunes y únicos, de acuerdo al propósito práctico común de las partes involucradas, serían pagados a través de éstas tres obras**; de allí que conforme lo señala el perito en su informe pericial, el costo mensual del Jefe de Proyecto o Ingeniero Residente (que era común para las tres obras) debía ser asumido por la obra relacionada con el Puente Internacional en un porcentaje equivalente al 7.24%, entendiéndose que el resto de dicho costo mensual debía ser asumido y pagado a través de las otras dos obras referidas a la Variante Internacional Lado Perú y a la Variante Internacional Lado Ecuador, en concordancia con el grado de incidencia que éstas poseen sobre el costo directo total de las tres obras;

- 6.- Que, en ese orden de ideas, el Tribunal Arbitral puede razonablemente concluir, en atención a la manera como las partes estructuraron de forma conjunta los gastos generales únicos y comunes para las tres obras, que los mismos recursos que conformaban los gastos generales serían indistintamente empleados en conjunto para las obras antes mencionadas, de lo contrario cada presupuesto de obra relacionado con la **Variante Internacional Lado Perú, la Variante Internacional Lado Ecuador y el Puente Internacional** hubieran poseído específicamente sus propios y exclusivos gastos generales, situación que no corresponde, ni puede corresponder al caso sometido a la presente controversia, en el cual las partes estructuraron de forma conjunta gastos generales únicos y comunes que servirían para la ejecución de las tres obras antes mencionadas; por tanto, el hecho que una de éstas, tal como el caso del Puente Internacional haya sido resuelto por causa no imputable a las partes, **no implica que los gastos generales que correspondían ser asumidos por la citada obra no deban ser pagados a la contratista**, y se proceda a excluir del cumplimiento de dicha obligación a la Entidad demandada, pues no existe justificación alguna para menoscabar el patrimonio de la demandante, pues los mismos recursos que comprendían los gastos generales comunes de las obras antes mencionadas, se debían aún mantener igualmente para la ejecución de las otras dos obras, aún cuando una de ellas no se ejecutó en su totalidad, no existiendo *in abstracto* diferencia alguna, en lo que concierne a los gastos generales, que pudiera haberse derivado de la frustración de alguna de las tres obras, por lo que su pago es debido; más aún si se tiene presente el grado de incidencia real y efectiva que las mismas significativamente poseían, pues la suma de las incidencias de la Variante Internacional Lado Perú y la Variante Internacional Lado Ecuador ascendían a **92.76% del costo directo total de las tres obras**¹⁵, siendo por tanto una incidencia sustancial que exigía que los recursos comprendidos dentro de los gastos generales comunes se mantengan, a pesar de las vicisitudes del que fue pasible el Puente Internacional;

¹⁵ De acuerdo a la información suministrada por el supervisor en el Oficio N° 040-EV1-09-P327C, se tiene que la Variante Internacional Lado Perú representaba el **72.46%** del costo directo total de las tres obras, en tanto que la Variante Internacional Lado Ecuador representaba el **20.30%**, siendo la suma de ambas incidencias equivalente al **92.76%**, de allí entonces que el Puente Internacional solo representaba el **7.24%**.

7.- A efectos de ilustrar la situación arriba expuesta podemos tomar el ejemplo dado por el perito cuando señala que los servicios del Jefe de Proyecto o Ingeniero Residente - tal como fueron estructurados los gastos generales en el presente contrato - servían para las tres obras por un mismo monto mensual¹⁶, de forma tal que en apreciación del Tribunal el hecho que una de las tres obras se suspendiera o se resolviera, no implica que por esa razón no deba cancelarse el íntegro del costo mensual por los servicios prestados por el Jefe de Proyecto o que a dicho monto mensual se le debiera restar el 7.24% que correspondía al costo de dicho gasto general que debía ser asumido por la obra relacionada con el Puente Internacional, en cuanto dicho profesional se encontraba a disposición para intervenir en la obra señalada, y el que no lo haya efectivamente realizado es un hecho no imputable al consorcio demandante, pues por el modo como se estructuró de forma única y conjunta los referidos gastos generales comunes, determina que indistintamente que una, dos o las tres obras por medio de las que satisfacía el propósito práctico de las partes, se hayan ejecutado es presupuesto material suficiente y necesario para que el referido gasto general tenga que ser asumido integralmente por el Contratante, pues durante toda la vigencia del contrato referido al Puente Internacional dicho costo se mantuvo, al margen que el contrato que correspondía a ésta obra haya sido suspendido o posteriormente resuelto;

8.- Ahora bien, en la misma secuencia de ideas, el razonamiento del Tribunal se puede corroborar a partir de considerar el costo de la carta fianza de fiel cumplimiento correspondiente a la obra del Puente Internacional, pues el hecho que una de las tres obras se suspendiera o se resolviera, no implica que por esa razón no debería cancelarse el íntegro del costo mensual por mantenimiento de la citada fianza o que de dicho monto mensual comprendido dentro de los gastos generales comunes no se deba cancelar el 7.24% que es el porcentaje que debía

¹⁶ El ejemplo dado por el perito señala lo siguiente: "En este marco el perito entiende, por ejemplo que, si según la estructura de gastos generales variables ofertadas por el Consorcio el Jefe de Proyecto (podríamos pensar que se trata del Ingeniero Residente de Obra) tiene un sueldo mensual de US \$7,000 (al cambio de S/.3.24, serían S/.22,680) aplicable al Puente Internacional es solo el 7.24%, es decir S/.1,642.03; y así para cualquier otro gasto general."

ser asumido por el Puente Internacional, respecto de los costos comprendidos dentro de los gastos generales comunes antes mencionados, en cuanto durante toda la vigencia del contrato referido al Puente Internacional dicho costo se mantuvo, al margen que el contrato que tenía por objeto dicha obra haya sido suspendido o posteriormente resuelto, luego de haberse vencido el plazo originario del aludido contrato;

Dejar de lado las consideraciones realizadas implicaría perpetuar un desequilibrio en la operación económica plasmada por las partes de los tres contratos descritos en desmedro del patrimonio del contratista, que no puede serle imputado en cuanto los hechos que dieron lugar a la suspensión y posterior resolución del contrato no le resultan imputables por lo que no pueden ser económicamente trasladados a su esfera patrimonial que goza de protección y tutela legal;

- 9.- En consecuencia, en virtud a las consideraciones antes expuestas, el Tribunal estima amparable este extremo de la pretensión invocada por el contratista, debiendo la Entidad demandada asumir integralmente el pago de los gastos generales variables únicos y comunes en la parte que correspondía ser asumido por el Puente Internacional, ascendente a la suma de **S/.1'196,317.48**, el cual **equivale al 7.24%** de los gastos generales antes mencionados¹⁷, mas reajustes e IGV, pues el hecho que se haya establecido gastos generales únicos y comunes, más **no específicos para cada una de las obras** que han sido antes mencionadas, a pesar de haberlo podido estructurar y determinar por separado, determina que las tres obras deben cubrir o pagar los costos de los diversos recursos que conforman a los gastos generales comunes antes citados, al margen que una de éstas se haya encontrado suspendida o haya sido resuelta con posterioridad, más aún si se tiene presente que los gastos generales variables se

¹⁷ La suma arriba descrita ha sido obtenida de la información dada por el supervisor, que no ha sido cuestionada u objetada por la demandada, siendo incluso la propia entidad quien suministro dicha información que se encuentra contenida en el Oficio N° 040-EV1-09-P327C, el cual fue adjuntado a través del anexo E de su escrito de contestación de demanda.

encuentran solo en función directa al tiempo o plazo que asume el contrato y no propiamente a la ejecución del costo directo de la obra¹⁸;

- 10.- En efecto el Tribunal considera que el hecho que la contratista haya ofertado para la ejecución de las tres obras antes citadas, gastos generales comunes y el contrato cuyo objeto era una de las tres obras, que compartían conjuntamente de dichos recursos y sus costos, haya sido resuelto un año después de haberse iniciado¹⁹ (nos referimos a la obra del Puente Internacional), no determina que por esta razón la Entidad quede exceptuada de cancelar los referidos gastos generales comunes en un porcentaje ascendente a 7.24% que correspondía ser asumido por el Puente Internacional, pues **no se trata de gastos generales propios y específicos para ésta obra**, sino más bien de gastos generales únicos y comunes para las tres obras que concurrían a satisfacer el propósito de las partes de los tres contratos, cuyo costo si bien fueron repartidos entre las tres obras antes citadas, en función al grado de incidencia que éstas poseían sobre el costo directo total de las tres obras, esto se realizó a los fines de ordenar su pago, no significando ello que, por el hecho que el contrato cuyo objeto era la obra que comprendía el Puente Internacional fuera resuelto con posterioridad a su plazo originario, entonces la Entidad demandada quede eximida del pago equivalente al 7.24% de los gastos generales comunes antes mencionados, pues ello implicaría que sea la contratista la que indebidamente soporte dicho costo, ocasionándole con ello un perjuicio económico a pesar que la situación presentada sobre el Puente Internacional no le resulte imputable, conforme se desprende de la Resolución Directoral N° 1789-2008-MTC/20 del 15 de julio de 2008, a través de la

¹⁸ A modo de ilustración de acuerdo a la definición dada por gastos generales variables se tiene que por ésta se entiende: "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista". Ver numeral 23 del Anexo I - Anexo de Definiciones del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

¹⁹ De acuerdo a los datos contenidos en la Resolución Directoral N° 1789-2008-MTC/20 del 15 de julio de 2008, documento presentado por la demandada en su escrito de contestación de demanda, se tiene que el inicio del plazo de obra relacionado con el Puente Internacional se dio el **05 de julio de 2007** con la entrega de terreno, en tanto que la resolución de la que ésta fue pasible se verifico con la notificación de la resolución antes mencionada de fecha **15 de julio de 2008**, por lo que, entre ambas fechas el Tribunal puede constatar que transcurrió mas de un año, siendo que el plazo de ejecución del Puente era solo de 210 días.

cual la Entidad demandada resuelve por fuerza mayor el contrato de obra antes citado;

CUARTO: SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA SEGUNDA PRETENSION INVOCADA POR LA CONTRATISTA:

QUE SE ORDENE O NO PAGAR A PROVIAS LOS GASTOS GENERALES VARIABLES EN QUE LA CONTRATISTA HA INCURRIDO EN LOS LAPROS EN DONDE LA OBRA SE ENCONTRÓ PARALIZADA POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL CONTRATISTA, LOS CUALES ASCIENDEN A LA SUMA DE S/.403,025.94 NUEVOS SOLES MAS EL IGV AL CUAL SE LE DEBERÁ AÑADIR LOS REAJUSTES E INTERESES QUE CORRESPONDAN HASTA LA FECHA EFECTIVA DE SU CANCELACION

Con relación a la presente pretensión el Tribunal Arbitral aprecia que de la información proporcionada por la pericia de oficio se advierte que no existe prueba suficiente para sustentar y/o acreditar la concreción de los gastos generales invocados por el contratista que a su entender se habrían incurrido durante el período en que la obra se encontró paralizada por orden de la Entidad; por lo que, en razón a ello, la presente pretensión debe ser totalmente desestimada, a pesar que la paralización de la obra no le sea a ésta imputable;

QUINTO: TERCER PUNTO CONTROVERTIDO RELACIONADO CON LA TERCERA PRETENSION INVOCADA POR LA CONTRATISTA:

QUE SE ORDENE O NO PAGAR A PROVIAS EL MONTO CORRESPONDIENTE A LOS TRABAJOS DE EXCAVACIÓN LOCALIZADA PARA PUENTES Y PILOTES PERFORADOS DE 1.20 METROS DE DIÁMETRO, REFERIDO A LA PARTIDA 1.03.01, POR UNA SUMA ASCENDENTE A S/. 78,783.82 NUEVOS SOLES, MÁS EL IGV, AL CUAL SE LE DEBERÁ AÑADIR LOS REAJUSTES E INTERESES QUE CORRESPONDAN HASTA LA FECHA EFECTIVA DE SU CANCELACIÓN

- 1.- Para resolver la presente controversia el Tribunal se adhiere a los fundamentos técnicos desarrollados por la pericia de oficio, en cuyo dictamen se establece:

"El contratista oferto su precio unitario por Pilotes Perforados D=1.20m x m3.

El detalle del análisis del precio unitario ofertado antes mencionado **no desagrega las sub actividades que involucra la ejecución del pilote perforado**, que según la Especificación Técnica involucra: perforaciones, excavaciones, armaduras, concreto y pruebas.

Por tanto la oferta del contratista es por m3 de **pilote completo**: perforación, excavación, armadura, concreto y pruebas.

La perforación es solo **una de las sub actividades** que involucra el trabajo total de un pilote.

Por lo tanto **no es técnicamente posible establecer un costo por una sub actividad ya que el precio ofertado es por un TODO**.

Luego no es técnicamente posible reconocer al contratista monto alguno en la Partida 1.03.01 Pilotes Perforados D=1.20"

Asimismo señala el perito:

"(...) el perito opina que, de acuerdo a lo establecido en la Sección 612. Pilotes Perforados de las Especificaciones Técnicas, sub numeral 612.6 Medición y Pago para el reconocimiento de pago por metro de pilote realmente ejecutado este pilote debía estar **completamente terminado**, lo cual incluye entre otras actividades, la excavación, concreto y pruebas" ²⁰

- 2.- De las consideraciones expuestas queda claro al Tribunal la imposibilidad de amparar la presente pretensión, pues en concordancia con lo señalado por el perito "**no es técnicamente posible establecer un costo por una sub actividad**

²⁰ Ver para todos los efectos las conclusiones de la TERCERA Y CUARTA PREGUNTA contenidas en el Informe Pericial.

ya que el precio ofertado es por un TODO", de allí que resulta improcedente el cobro que el contratista pretende realizar por las excavaciones eventualmente realizadas por ésta, correspondientes a la Partida 1.03.01: Pilotes Perforados, pues no existe un mecanismo legal o contractual que permite establecer y definir con carácter vinculante a las partes, cual es el costo de una de las sub actividades que comprende la Partida antes citada; por lo que en razón a dicha situación la presente pretensión no resulta amparable por el Tribunal.

SEXTO: DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

Finalmente, el Tribunal ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado de buena fe, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, han actuado convencidos de sus posiciones ante la controversia y en virtud de la defensa de sus convicciones; por consiguiente, considera que las costas y costos y gastos del proceso arbitral, sean asumidos por ambas partes.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En atención a las consideraciones expuestas, y de conformidad con las normas legales citadas, el Tribunal Arbitral a cargo de la presente controversia por unanimidad **LAUDA** en el sentido siguiente:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADAS** las excepciones de caducidad y de incompetencia deducidas por Provias Nacional por las razones que han sido expuestas en los considerandos del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda, en virtud a las razones expuestas en los considerandos del presente laudo.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, en virtud a las razones expuestas en los considerandos del presente laudo.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, en virtud a las razones expuestas en los considerandos del presente laudo.

QUINTO: Declarar que no hay condena de costas y costos en el presente proceso, debiendo cada parte asumir la porción que le corresponde.



MARIANO PEÑA BENAVIDES
Presidente del Tribunal Arbitral



RANDOL EDGAR CAMPOS FLORES
Arbitro



LUIS FERNANDO PEBE ROMERO
Arbitro



SEGUNDO LORENZO MONTES REBAZA
Secretario Arbitral