

Caso arbitral seguido entre:

**COMPAÑÍA VERDÚ SA**

(Demandante o Contratista)

y

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL –  
PROVIAS NACIONAL**

(Demandado o Entidad)

---

**LAUDO**

**Resolución N° 66**

---

*Tribunal Arbitral*

Juan Huamaní Chávez | Presidente  
Patrick Hurtado Tueros  
Weyden García Rojas

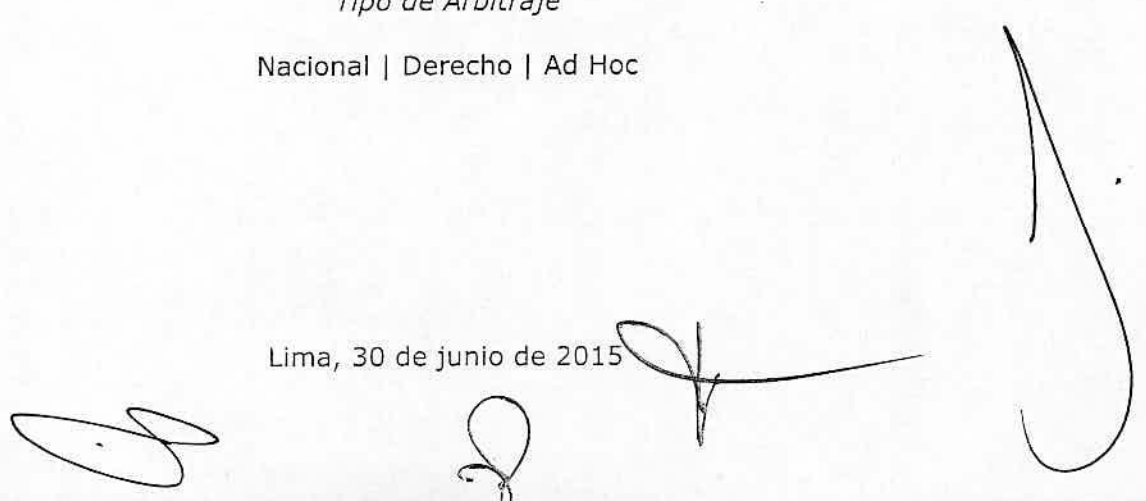
*Secretario Arbitral*

Giancarlo Peralta Miranda

*Tipo de Arbitraje*

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 30 de junio de 2015



**Resolución N° 66**

**I. INTRODUCCIÓN:**

1. Por encargo del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional (en adelante, Provías Nacional, la Entidad o el Demandado, indistintamente), en el marco de la Licitación Pública Internacional N° 0001-2009-MTC/20, el respectivo Comité Especial del proceso de selección otorgó la buena pro a Compañía Verdú SA (en adelante, Verdú, el Contratista o el Demandante, indistintamente) para la ejecución de la obra "Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Sullana - El Alamor del Eje Vial N° 2 de Interconexión Vial Perú - Ecuador".
2. Producto del proceso de selección antes referido, el 28 de octubre de 2009, Verdú y Provías Nacional suscribieron el "Contrato de Ejecución de Obra N° 116-2009-MTC/20 'Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Sullana - El Alamor del Eje Vial N° 2 de Interconexión Vial Perú - Ecuador'" (en adelante, el Contrato y la Obra, respectivamente).
3. Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias, las cuales constituyen el origen del presente arbitraje.

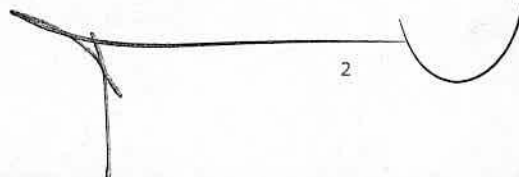
**II. EL CONVENIO ARBITRAL**

4. El convenio arbitral sobre la base del cual se cimienta el presente arbitraje se encuentra previsto en la "Cláusula 20.6: Solución de Controversias" de las Condiciones Generales del Contrato, la cual establece que cualquier controversia que surja en la etapa de ejecución contractual deberá solucionarse mediante Arbitraje.

**III. ACTUACIONES ARBITRALES**

**III.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**Inicio del arbitraje, designación e Instalación del Tribunal Arbitral**



5. Mediante carta, Verdú comunicó a Provías Nacional su voluntad de iniciar un arbitraje en virtud del Contrato, designando como árbitro al doctor Patrick Hurtado Tueros.
6. Mediante carta, Provías Nacional respondió la solicitud de arbitraje remitida por su contraparte, designando como árbitro al doctor Weyden García Rojas.
7. A su turno, los doctores Patrick Hurtado Tueros y Weyden García Rojas nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Juan Huamaní Chávez.
8. Con fecha 22 de agosto de 2012, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo (DAA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se llevó a cabo, con asistencia de ambas partes, la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, en la cual se fijaron las reglas del presente arbitraje.
9. Los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados, dejando constancia de que no incurrían en algún supuesto de incompatibilidad o compromiso alguno con las partes; por lo que, se desenvolverían con imparcialidad e independencia.
10. Se dejó constancia de que ninguna de las partes impugnó o reclamó el contenido del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en ésta.

### III.2. LA DEMANDA

11. Con fecha 11 de septiembre de 2012, Verdú presentó su demanda, formulando las siguientes pretensiones:

#### **Pretensiones:**

##### *Primera Pretensión Principal*

"El reconocimiento de pago de los reintegros por las valorizaciones de obra, los mismos que deben ser calculados conforme a la aplicación de la

normatividad vigente por un monto ascendente a S/. 1'657,138.60 (un millón seiscientos cincuenta y siete mil ciento treinta y ocho y 60/100 nuevos soles) más IGV y el pago de S/. 18,016.46 (dieciocho mil dieciséis y 46/100 nuevos soles), por concepto del factor "f" y el pago de S/. 13,408.17 (trece mil cuatrocientos ocho y 17/100 nuevos soles), por concepto del factor "V", más el monto de los intereses que correspondan en todo los casos entrega de obra".

#### *Segunda Pretensión Principal*

Que "se ordene a Provías Nacional el reconocimiento de pago del monto de S/. 2'707,041.55 (dos millones setecientos siete mil cuarenta y uno y 55/100 nuevos soles) más IGV e intereses estimados de S/. 81,865.06 (ochenta y un mil ochocientos sesenta y cinco y 06/100 nuevos soles) más IGV, por los metros realmente ejecutados, conforme a lo establecido en las especificaciones técnicas del expediente, a lo precisado por el proyectista y a lo ordenado por el laudo de derecho de fecha 02 de diciembre de 2011".

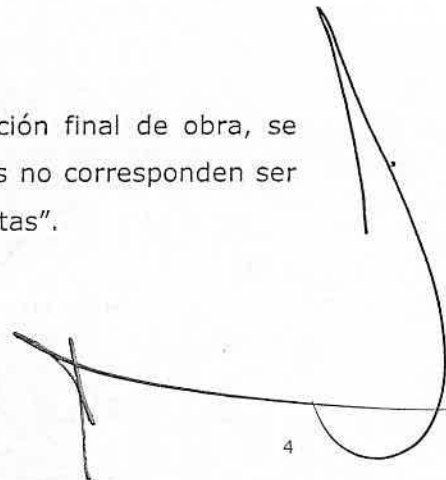
#### *Tercera Pretensión Principal*

Que "se ordene a Provías Nacional la devolución del monto ascendente a S/. 127,946.08 (ciento veintisiete mil novecientos cuarenta y seis y 08/100 nuevos soles) más IGV e intereses que correspondan por las deducciones efectuadas por concepto de adelanto directo y la devolución de S/. 260,097.34 (doscientos sesenta mil noventa y siete y 34/100 nuevos soles) por concepto de penalidades injustificadas, las mismas que han sido aplicadas sin contar con base contractual para esta acción".

#### *Cuarta Pretensión Principal*

Que "se ordene a Provías Nacional, que en la liquidación final de obra, se retiren todos los conceptos de penalidades ya que estos no corresponden ser aplicados según las condiciones contractualmente previstas".

#### *Quinta Pretensión Principal*

  
4



Que "se ordene a Provías Nacional el reconocimiento de pago de los mayores costos financieros por retención de la carta fianza de fiel cumplimiento, por un monto de S/. 74,498.65 (setenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y ocho y 65/100 nuevos soles) más IGV e intereses, monto que deberá ser actualizado a la fecha en que la entidad disponga la devolución de la fianza de fiel cumplimiento".

*Sexta Pretensión Principal*

Que "se ordene a Provías Nacional el reconocimiento de pago de mayores costos por repintado de la vía, por un monto de S/. 112,675.32 (ciento doce mil seiscientos setenta y cinco y 32/100 nuevos soles) más IGV e intereses".

*Séptima Pretensión Principal*

Que "se condene a Provías Nacional al pago de costos y costas del proceso arbitral".

*Pretensión Subordinada a las Pretensiones Principales*

Que "se ordene el pago de la suma de S/. 6'150,975.37 (seis millones ciento cincuenta mil novecientos setenta y cinco y 37/100 nuevos soles), más IGV e interés correspondiente, por concepto de enriquecimiento sin causa".

**Fundamentos de hecho y de Derecho de la Demanda:**

12. Verdú manifestó que 28 de octubre de 2009 y Provías Nacional suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 116-2009-MTC/21 para la ejecución de la obra "Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Sullana - El Alamor del Eje Vial 02 de Interconexión Vial Perú - Ecuador", por el monto de S/. 65'151,653.31 (Sesenta y Cinco Millones Ciento Cincuenta y Un Mil Seiscientos Cincuenta y Tres y 31/100 Nuevos Soles), incluido el I.G.V., por un plazo de 312 días naturales.
13. Asimismo, manifestó que el Informe N° 503-2010-MTC/20.3 de fecha 6 de agosto de 2010, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de la Entidad habría concluido que el plazo de ejecución del contrato era de trescientos doce (312)

días para los dos tramos, de acuerdo con la propuesta técnica presentada por el Contratista en el proceso licitatorio y que las ampliaciones de plazo que se concedan en aplicación del numeral 13.2 de las Condiciones Especiales del Contrato no deberían especificar si es para el Tramo Asfaltado o No Asfaltado, dado que al momento de la firma del Contrato, el plazo sería único y el mismo para ambos tramos.

14. Por su parte -afirmó Verdú-, a través de la Carta N° 015-2010-CVS/OL de fecha 24 de agosto de 2010, el Proyectista habría indicado que las valorizaciones de las actividades realizadas por el Contratista debían realizarse. Asimismo, que a través de la Resolución Directoral N° 951-2010-MTC/20.5 de fecha 19 de septiembre de 2010, Proviás Nacional aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 5, por concepto de "Mayores Metrados de Movimiento de Tierras, Transporte y Obras de Arte", por un valor de S/. 3'456,202.32 (Tres Millones Cuatrocientos Cincuenta y Seis Mil Doscientos Dos y 32/100 Nuevos Soles) y el Presupuesto Deductivo N° 3.
15. El Contratista, manifestó que mediante el Asiento N° 318, de fecha 25 de septiembre de 2010, dejó constancia del pronunciamiento del proyectista en relación a que debían efectuarse valorizaciones de las actividades realizadas por Verdú, siendo a través del Asiento N° 641, de fecha 8 de mayo de 2011, que dejó constancia de la discrepancia del criterio aplicado para el cálculo de reajustes.
16. Verdú agregó que con fecha 26 de septiembre de 2011, la Entidad, a través del Comité de Recepción de Obra, llevó a cabo la recepción de la Obra, según constaría en la respectiva acta, por lo que mediante Carta N° 031-2011-SA/OB, de fecha 24 de noviembre de 2011, en cumplimiento de lo establecido en el ítem 14.10 de las Condiciones Generales<sup>1</sup> y del ítem 24.1 de las

<sup>1</sup> 14.10 Declaración de Terminación:

Dentro del plazo de 84 días contados a partir de la fecha en que reciba el Certificado de Recepción de Obra correspondiente a las Obras, el Contratista presentará al Ingeniero una declaración de terminación en seis copias con documentos complementarios, de conformidad con la Subcláusula 14.3 [Solicitud de Certificados de Pago Provisionales], en la que se muestre:

(a) El valor de todos los trabajos realizados de acuerdo con el Contrato hasta la fecha señalada en el Certificado de Recepción de Obra correspondiente a las Obras,

(b) Cualquier monto adicional que el Contratista considere pagadero, y

Condiciones Especiales<sup>2</sup>, habría presentado la Liquidación Final del Contrato (en 6 versiones, 1 original y 5 copias), acompañada de los sustentos de cálculo, incluyendo el Programa de Mantenimiento Rutinario y Periódico que debía realizarse para preservar la inversión efectuada.

17. Señaló el Demandante que luego de la presentación de la Liquidación, a través de la Carta N° 032-2011-SA/OB, de fecha 25 de noviembre de 2011, habría precisado y cuantificado los mayores costos que debían ser reconocidos conforme con las condiciones contractualmente establecidas, agregando que a través de la Carta N° 033-2011-SA/OB, de fecha 28 de noviembre de 2011, con el fin de facilitar la labor de revisión que debía realizar la Entidad, puso a consideración de ésta, los informes de metrados y copias de los ensayos realizados, en supuesta respuesta a las referidas cartas; por lo que, a través de la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, de fecha 28 de noviembre de 2011, la Entidad dispuso devolver una parte de la Liquidación presentada por el Contratista (devolviendolosolamente el original más tres copias, según se indicaría en la misma Carta N° 1819-2011-MTC/20.5), adjuntando la Liquidación elaborada por el Supervisor de Obra. Ante ello, mediante Carta N° 034-2011-SA/OB, de fecha 2 de diciembre de 2011, Verdú habría precisado a la Entidad cuáles serían los aspectos contractuales que regirían la relación entre las partes, señalando, asimismo, que la opción de devolver en forma parcial la Liquidación del Contratista no era un procedimiento que se encontraba contractualmente previsto; por lo que, habría dejado constancia de que Provías Nacional no habría observado ninguno de los ítems incluidos en la Liquidación formulada por Verdú, dejando, a su vez, constancia de su disconformidad con lo expresado en los 4 folios remitidos por la Entidad, como "Liquidación elaborada por el Supervisor".

18. Verdú afirmó que con fecha 2 de diciembre de 2011, un Tribunal Arbitral emitió el Laudo de Derecho, disponiendo lo siguiente:

*(c) Un cálculo estimativo de cualesquiera otros montos que el contratista considere que serán pagaderos a su favor en virtud del Contrato. Los montos estimados se incluirán por separado en esta Declaración de terminación" (el subrayado y el resaltado son propios).*

<sup>2</sup>"24.1 Liquidación de contrato:

*(i) 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 ejecución de la obra, el que resulte mayor, contando 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..."*

**PRIMERO:** Declarar fundada en parte la primera pretensión demandada y en consecuencia nula y sin efecto la Resolución Directoral N° 650-2010-MTC/20 declarándose procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, ordenando el reconocimiento de 73 días de los 146 días calendarios solicitados, sin gastos generales.

**SEGUNDO:** Declarar fundada en parte la segunda pretensión demandada y en consecuencia nula y sin efecto la Resolución Directoral N° 770-2010-MTC/20 declarándose procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, ordenándose el reconocimiento de 123 días de los 165 días calendarios solicitados, sin gastos generales.

**TERCERO:** Declarar fundada la tercera pretensión demandada y en consecuencia nula la Resolución Directoral N° 1091-2010-MTC/20, declarándose procedente la solicitud de Ampliación de Plazo 06 por 474 días calendarios, de los cuales 276 días calendario por la demora en las definiciones deben incluir gastos generales, y los otros 198 días calendarios sin gastos generales, dado que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05 cuenta con sus propios gastos generales.

**CUARTO:** Declarar fundada la cuarta pretensión demandada y en consecuencia nula la Resolución Directoral N° 1299-2010-MTC/20, declarándose procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 07, ordenándose el reconocimiento de 43 días calendarios, sin gastos generales.

**QUINTO:** Declarar infundada la quinta pretensión demandada, referente al pago por el plan de seguridad especial.

**SEXTO:** Declarar improcedente la sexta pretensión demandada referente al costo de la pintura en las alcantarillas TMC.

**SÉPTIMO:** Declarar fundada la séptima pretensión demandada, referente al reconocimiento del derecho de Compañía Verdú S.A. al

*pago de los mejoramientos efectuados, los cuales deben valorizarse, teniendo en cuenta lo expresado por el Proyectista en la Carta N° 015-2010-CVS/OL del 24 de agosto de 2010.*

**OCTAVO:** *Declarar infundada la octava pretensión demandada referente al pago del costo por la utilización de cemento en la alcantarilla Venados.*

**NOVENO**<sup>[3]</sup>: *Declarar infundada la novena pretensión demanda referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalidades.*

**DÉCIMO:** *Declarar infundada la décima pretensión demandada referente al pago de mayores costos por pago del área de campamento y derecho de cantera.*

**DÉCIMO PRIMERO:** *Declarar infundada la décimo primera pretensión demandada referente al pago de S/. 2'000.000.00 como indemnización por daños y perjuicios.*

**DÉCIMO SEGUNDO:** *Disponer que las partes asuman los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral".*

19. Preciso Verdú que, como consecuencia de lo anterior, mediante Carta N° 1886-2011-MTC/20.5, de fecha 9 de diciembre de 2011, la Entidad, como una ampliación de la citada Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, le habría remitido un conjunto de documentos a los que denominó "Liquidación Financiera del Contrato de Obra".
20. Por su parte, mediante Carta N° 035-2011-SA/OB, de fecha 16 de diciembre de 2011, el Contratista habría solicitado a Proviás Nacional el pago ordenado por el Laudo de Derecho antes referido, presentando, asimismo, a través de la Carta N° 036-2011, de fecha 16 de diciembre de 2011, un resumen de las

<sup>3</sup>Verdú señaló que si bien el Tribunal Arbitral declaró infundada la pretensión respecto de la nulidad de las penalidades y descuentos indebidos, el referido Colegiado habría precisado que no se había generado convicción sobre tal pretensión, señalando que ello constaría en la página 45 de dicha decisión.



comunicaciones cursadas sobre las observaciones que se habrían formulado a la información remitida por la Entidad, así como de la supuesta falta de vigencia de los documentos enviados por ésta mediante la Carta N° 1886-2011-MTC/20.5, a través de la cual la Entidad habría omitido lo expresamente dispuesto por el Tribunal en el Laudo.

21. Verdú aseguró que no obstante lo anterior, mediante Carta N° 060-2012-MTC/20.5, de fecha 16 de enero de 2012, la Entidad habría devuelto la Liquidación presentada por tal empresa, ya que—según habría señalado— no procedería la Liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.
22. De otro lado, el Demandante manifestó que mediante Resolución N° 23, de fecha 13 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral se habría pronunciado sobre los escritos de interpretación de Laudo presentados por las partes y dispuso declarar fundado el pedido del Contratista respecto de precisar el monto de los gastos generales por la ampliación de plazo que habría correspondido al haberse declarado nula la Resolución Directoral N° 1091-2010-MTC/20, según lo dispuesto en el tercer punto resolutivo del mencionado Laudo, precisándose que el monto que correspondería por concepto de gastos generales sería de S/. 3'501,744.48 más el IGV; por lo que, mediante Carta N° 005-2012-SA/OB de fecha 14 de marzo de 2012, habría solicitado el pago de los conceptos dispuestos en el Laudo.
23. En tal sentido, Verdú, a través de la Carta N° 007-2012-SA/OB, de fecha 7 de mayo de 2012, habría presentado nuevamente la Liquidación del Contrato de Obra N° 116-2009-MTC/20, solicitando su aprobación a Provías Nacional. Sin embargo, mediante Carta N° 738-2012-MTC/20.5, ésta habría devuelto tal liquidación, indicando que no se procedería con dicho procedimiento mientras existan controversias o temas por resolver.
24. En relación con la Primera Pretensión Principal, Verdú sostuvo que el Laudo del 2 de diciembre de 2011 habría establecido que el plazo era único para toda la obra, aspecto que habría sido previamente establecido por la propia Entidad, mediante el citado Informe N° 503-2010-MTC/20.3 de la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de Provías Nacional. En contravención al referido Laudo —según afirmó Verdú—, la Entidad, a fin de establecer la Liquidación

Final del Contrato y al momento de formular el cálculo de los reajustes que deben aplicarse en las valorizaciones de obra, habría establecido, de manera unilateral, plazos distintos e independientes para cada tramo, con lo cual habría distorsionado el cálculo correspondiente por concepto de reajustes.

25. El Demandante afirmó que el ítem b) de la cláusula 19 de las Condiciones Especiales del Contrato establecería la responsabilidad que le corresponde al Supervisor por la elaboración y presentación de la valorización ante Provías Nacional. Asimismo, el ítem d) de la cláusula 19 de las Condiciones Especiales, establece que *"...conjuntamente con las valorizaciones mensuales se formularán las valorizaciones por concepto de reajuste por alza de costos, de acuerdo a las fórmulas polinómicas"*. Para Verdú, el cálculo de los reajustes aplicado conforme a la normatividad vigente, establecería que existe un saldo ascendente a S/. 1'657,138.60 (Un Millón Seiscientos Cincuenta y Siete Mil Ciento Treinta y Ocho con 60/100 Nuevos Soles), más IGV, por concepto de reajustes que debe ser reconocido a favor de dicho contratista.
26. En tal línea, el Contratista expresó que el cálculo de los factores "F" y "V", aplicado conforme con la normatividad vigente, establecería que existe un saldo de S/. 18,016.46 (Dieciocho Mil Dieciséis con 46/100 Nuevos Soles) más IGV y de S/. 13,408.17 (Trece Mil Cuatrocientos Ocho con 17/100 Nuevos Soles) más IGV, respectivamente, que deberían ser reconocidos a favor del Demandante.
27. Por lo expuesto anteriormente, al no haber duda sobre la vigencia de un plazo único para todo el Contrato y sobre el procedimiento que debe seguirse para el cálculo de reajustes, según afirmó Verdú, solicitan que Provías Nacional reconozca el pago del reajuste que realmente correspondería, de acuerdo con las condiciones contractualmente establecidas, más el IGV e intereses que corresponderían.
28. En relación con la Segunda Pretensión Principal, Verdú manifestó que el séptimo punto de la parte resolutive del citado Laudo, el Tribunal Arbitral habría declarado fundado su derecho de cobro por los mejoramientos efectuados en la Obra, los cuales deberán valorizarse teniendo en cuenta lo expresado por el Proyectista mediante la citada Carta N° 015-2010-CVS/OL, estableciendo lo siguiente:





*"En la mencionada reunión se les confirmó que en el Estudio Definitivo, Volumen de Pavimentos en el ítem 16.5.3.4.2 Zonas de Mejoramiento se les indica las Progresivas de los Reemplazos de Material, tanto para el Tramo Asfaltado y Tramo No Asfaltado que se encuentran cuantificados en los Metrados y Presupuestos en las partida Mejoramiento de suelos a nivel de subrasante c/material de Préstamo.*

*En respuesta a vuestra consulta, consideramos que deberá valorizarse con las siguientes partidas:*

*02.06 Mejoramiento de suelos a nivel de Subrasante con material de préstamos (Esta partida considera la conformación, y las Subpartidas Excavación, Material para Mejoramiento y el Agua).*

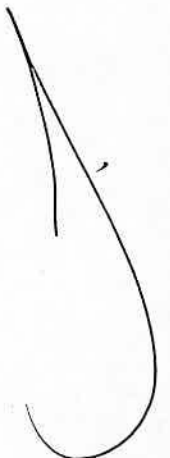
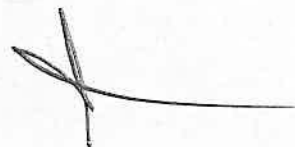
*06.01 Transporte de Material Granular Hasta 1 km.*

*06.02 Transporte de Material Granular Después de 1km.*

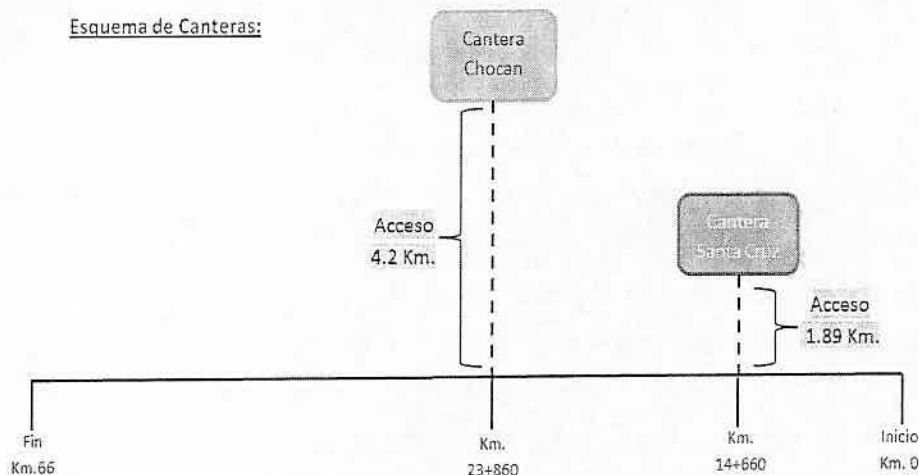
*06.03 Transporte de Material a Eliminar Hasta 1km.*

*06.04 Transporte de Material a Eliminar Después de 1 km".*

29. Según Verdú, mediante el asiento N° 318, de fecha 25 de setiembre de 2010, dicho contratista habría dejado constancia del pronunciamiento del proyectista en relación con que debía efectuarse valorizaciones de las actividades realizadas por tal parte. Asimismo, que dentro de los considerandos de la Resolución Directoral N° 951-2010-MTC/20.5 se habría desestimado el uso de la Cantera Santa Cruz ubicada en el Km. 14.660 con un acceso de 1.890 km. y se habría aprobado el uso de la cantera Chocan ubicada en el Km. 23+860, con un acceso de 4.2 km. como nueva cantera del proyecto. La diferencia se visualizaría en el siguiente esquema



Esquema de Canteras:

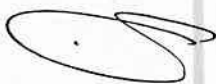


30. Para el Demandante, la Entidad debería cumplir con el reconocimiento de pago de los trabajos ejecutados, conforme con lo dispuesto tanto en las Especificaciones Técnicas como en las modificaciones dispuestas en el Expediente Técnico. En lo referido al reconocimiento de pago por la mayor distancia de agregados de cantera a zona de plantas industriales, generada como consecuencia del descarte de la cantera Santa Cruz y aprobación de la cantera Chocan, según lo establecido en el Informe N° 104-2010-MTC/20.5-GBDA que sustenta la Resolución Directoral N° 951-2010-MTC/20. El reclamo se sustenta en que las condiciones y distancias de transporte desde la zona de extracción de materiales de cantera, hasta la zona de procesamiento fueron variadas por las modificaciones del Expediente Técnico, dispuestas por Proviás Nacional, según Resolución Directoral N° 951-2010-MTC/20 en la que dicha Entidad dispuso el cambio de cantera. Reconocimiento de la validez del método de medición y pago de la partida de transportes y ordenar la cancelación de los transportes ejecutados, conforme con el procedimiento de medición y pago establecido en las especificaciones técnicas contractualmente pactadas. En las Especificaciones Técnicas del ítem 6.0 Transportes se apreciaría con toda claridad los métodos de medición y pago que deben aplicarse.

31. De otro lado, durante la ejecución del Contrato y de manera unilateral -según Verdú-, la Entidad habría dispuesto la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 9 según Resolución Directoral N° 670-2011-MTC/20, mediante la cual se habría dispuesto modificar la forma de medición y pago de las Partidas de Transporte, reduciendo los valores de las distancias de transporte y aplicando factores de descuento que no se habrían encontrado establecidos en

el Contrato, causándoles un serio perjuicio económico en la prestación de ese servicio.

32. El Demandante manifestó que mediante los asientos N° 720 y N° 731 dejaron constancia del desconocimiento de la forma de cálculo de los rubros considerados en el Presupuesto Adicional N° 9, así como de la reserva de formular el reclamo que corresponda. Por tal razón, Verdú -según sostuvo- solicitó que se disponga la validez de los métodos de medición y pago contractualmente establecidos en las Especificaciones Técnicas del Contrato, según las partidas 6.01, 6.02, 6.03, 6.04, 6.05 y 6.06; y que se ordene el reconocimiento de pago de los metrados realmente ejecutados para cada una de las partidas indicadas, según se indicaría en los resúmenes de metrados.
33. Verdú solicitó, asimismo, que se ordene el reconocimiento de los trabajos de mejoramientos ejecutados en ambos tramos, bajo el precio unitario de la partida 02.08 "Mejoramientos de suelos a nivel de subrasante c/ material de préstamo para el caso del tramo asfaltado" y bajo el precio unitario de la partida 02.06 "Mejoramientos de suelos a nivel de subrasante c/ material de préstamo para el caso del tramo no asfaltado", en cumplimiento de lo que dispondría el citado Laudo de Derecho, tal como habría sido dispuesto por el Proyectista mediante Carta N° 161-2010/AC, que fue entregada al Supervisor mediante asiento N° 185, de fecha 28 de junio de 2010, según constaría en el asiento N° 310, del 22 de setiembre de 2010.
34. Finalmente, el Contratista también solicitó que se ordene el reconocimiento de pago de los metrados finales, que habrían sido realmente ejecutados conforme con lo dispuesto en los planos de replanteo y en cumplimiento de las Especificaciones Técnicas del Contrato, trabajos que habrían sido recibidos por la Entidad para su uso, conservación y beneficio, los cuales se habrían incluido en su Liquidación de Obra y que se mostrarían en las planillas de metrados, tanto del Tramo Asfaltado, como del Tramo No Asfaltado, razón por la cual solicitaron que se declare fundada la Segunda Pretensión Principal.
35. En relación con la Tercera Pretensión Principal, Verdú manifestó que el numeral 19. de las Condiciones Especiales del Contrato, "Forma de Pago de las Valorizaciones", referido al procedimiento y pago de las valorizaciones mensuales, establecería lo siguiente



"a) Las valorizaciones por concepto de obra ejecutada serán mensuales, tendrán el carácter de pago a cuenta, estas serán elaboradas con los Precios Unitarios contratados, agregándoseles a continuación separadamente los montos por Gastos Generales y Utilidad que figuren en el Presupuesto Ofertado.

[...]

e) Provías Nacional revisara las valorizaciones presentadas y, con sus reparos si los hubiere, les dará trámite para su pago, reteniéndose de dichas valorizaciones:

- La amortización del adelanto.
- Cualquier ajuste motivado por errores detectados en valorizaciones pagadas anteriormente, de conformidad a su carácter de pago a cuenta al que se refiere el Numeral 11.
- Cualquier otra deducción exigible por ley o por el Contrato.
- Descuentos y/o retenciones por mandato judicial.

36. Para el Demandante, las Condiciones Especiales del Contrato establecerían con total claridad y precisión cuáles son las retenciones que pueden realizarse en las valorizaciones; sin embargo, la Entidad habría dispuesto, a su sola discreción, deducir y retener a su favor parte de los gastos generales del contrato principal, por lo que al no estar dicha situación prevista en el Contrato, solicitaron que el Tribunal Arbitral ordene a Provías Nacional la devolución del dinero retenido.

37. Como consecuencia de lo anterior, el monto total de los gastos generales que deberían ser cancelados por la Entidad, asciende a la suma de S/.127,946.08 (Ciento Veintisiete Mil Novecientos Cuarenta y Seis y 08/100 Nuevos Soles), más IGV y los intereses que correspondan por las deducciones efectuadas por concepto de adelanto directo, así como la devolución de S/.260,097.34 (Doscientos Sesenta Mil Noventa y Siete y 34/100 Nuevos Soles) por concepto de penalidades injustificadas, las cuales habrían sido aplicadas sin contar con base contractual para esta acción, razones por las cuales solicitan que el Tribunal Arbitral declare fundada la Tercera Pretensión.

38. En relación con la Cuarta Pretensión Principal, Verdú sostuvo que luego de haberse emitido el referido Laudo de Derecho, mediante Carta N° 1886-2011-

MTC/20.5 de fecha 9 dediciembre de 2011, ampliada a través de la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, la Entidad les habría remitido información como Liquidación Financiera, sin haber tomado en cuenta los aspectos dispuestos en el referido Laudo, incluyendo conceptos que le afectarían económicamente, los cuales que rechazan en todos sus extremos, porque carecerían de base contractual y legal.

39. Sobre lo anterior, el Demandante mencionó que en el folio indicado como 010 que adjuntó, en su oportunidad, la Carta 1819-2011-MTC/20.5, ítem 2.1.4, "Multas", se habría aplicado el concepto de "no presentación del CAO". Para Verdú constaría en el asiento N° 535, del 11 de marzo de 2011, que el Contratista habría puesto en conocimiento de la Supervisión de Obra la Resolución N° 1 del Tribunal Arbitral, donde se ordenó en su Artículo Primero que:

*"A fin de garantizar la eficacia del laudo, díctese medida cautelar y, hasta que concluya este proceso arbitral, se ordena al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVÍAS Nacional que se abstenga de imponer a Compañía VERDÚ S.A. la penalidad prevista en el numeral 13.3 de las Cláusulas Especiales del Contrato de Ejecución de Obra N° 116-2009-MTC/20 generadas por la falta de presentación del Calendario de Obra..."*

40. Por lo anterior, para el Demandante quedaría claro que además de no estar sustentada la aplicación de la multa, el Supervisor habría incumplido lo ordenado por el Tribunal Arbitral, ocasionándole un perjuicio económico, ya que, en lo que se refiere a las ampliaciones de plazo, el Laudo de Derecho, dispondría lo siguiente: (i) nulidad de la Resolución Directoral N° 650-2010-MTC/20, declarando procedente, en parte, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 4, ordenando el reconocimiento de 73 días de ampliación de plazo. (ii) nulidad de la Resolución Directoral N° 770-2010-MTC/20 y declara procedente, en parte, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 5, ordenando el reconocimiento de 123 días. (iii) nulidad de la Resolución Directoral N° 1091-2010-MTC/20 y declara procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 6, ordenando el reconocimiento de 474 días de ampliación. (iv) nulidad de la R.D. 1299-2010-MTC/20 y declara procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7, ordenando el reconocimiento de 43 días de ampliación.



41. Verdú agregó que las ampliaciones de plazo ordenadas en el Laudo de Derecho y que debieron ser aprobadas por la Entidad, en su oportunidad, alcanzaría un total de 713 días, con lo cual la fecha de término de obra formalmente quedaría diferida hasta el 20 de junio de 2013, según lo siguiente:

Concepto	Referencia	Fecha de Término Vigente
Termino de obra, aprobada por la Entidad	Ampliación de plazo 09, según R.D. 625-2011-MTC/20 del 14.06.11	08.07.11
Por laudo de fecha 02.12.11	713 días de ampliación adicionales de ampliación de plazo	20.06.13

42. Como información adicional, Verdú comentó que habría presentado el CAO actualizado donde se ha incluido la programación que corresponde al contrato principal, y los adicionales, de acuerdo al plazo vigente. Por lo anterior, dicha parte sostuvo que quedaría claro que además de no estar sustentada la aplicación de la multa, según lo expresamente establecido por el el mencionado Laudo, la Obra habría sido culminada 23 meses antes de la fecha vigente.
43. En cuanto a la falta de equipo, Verdú manifestó que en uno de los cuatro folios, numerado como 010, adjunto a la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, ítem 2.1.4 Multas, se aplicaría el concepto de "falta de equipo en obra". El ítem 13.3 de las Condiciones Especiales del Contrato establecería los conceptos de penalidades que pueden ser aplicados al Contrato. Asimismo, el ítem c) establecería lo siguiente:

*"...en caso de atraso en la Movilización y Utilización de Equipos, según el calendario aprobado..."*

44. Además de ello, el Demandante aseguró que habría demostrado que de acuerdo con el calendario vigente, la Obra habría culminado 23 meses antes de la fecha de término del plazo, en cuyo calendario podría verse que no ha existido atraso en la movilización y utilización de equipos. Por tales razones,

al supuestamente no haber existido causal para aplicar multa por un atraso en la movilización y utilización de equipos, solicitaron al Tribunal Arbitral que se ordene la devolución del dinero retenido por este concepto, según se mostraría en el folio, numerado como 010 ítem 2.1.4 Multas, que se adjunta a la referida Carta N° 1819-2011-MTC/20.5 de la Entidad.

45. En relación con la falta de mantenimiento de tránsito, Verdú comentó que en el folio indicado como 010 que se habría adjuntado a la carta N° 1819-2011-MTC/20.5, ítem 2.1.4, "Multas", se aplicaría el concepto de "falta de mantenimiento de tránsito", por ello precisaron que en el ítem f) de la cláusula 13.3 de las Condiciones Especiales del Contrato se prevería que la aplicación de esta penalidad sólo se daría cuando exista falta de mantenimiento o cuando no se permita la transitabilidad de la vía, situaciones que en ningún caso se han dado durante el desarrollo de la Obra, por lo que además de que no estaría sustentada la aplicación de la multa, el Supervisor habría incumplido lo ordenado por el Tribunal Arbitral, ocasionando un perjuicio económico a tal parte.
46. De otro lado, el Demandante sostuvo que de acuerdo con lo establecido en los asientos N° 458, N° 471 y N° 483 del Cuaderno de Obra, la aplicación de la multa correspondería únicamente a la aplicación de una apreciación subjetiva y personal del Jefe de Supervisión, no habiéndose evidenciado en ningún momento, la causal establecida en el ítem f) de la cláusula 13.3 de las Condiciones Especiales. Por ello, al haberse cumplido durante todo el desarrollo de la Obra tanto con el mantenimiento como con la transitabilidad de la vía, solicitaron al Tribunal Arbitral que se ordene la devolución del dinero retenido por este concepto, según se mostraría en el folio numerado como 010 ítem 2.1.4, "Multas", que se habría adjuntado a la citada Carta N° 1819-2011-MTC/20.5 de la Entidad.
47. En relación con el mantenimiento al día del pago de seguros y pólizas, Verdú señaló que en el folio indicado como 010 que se adjuntó a la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, ítem 2.1.4, "Multas", se aplicó el concepto de "No mantener al día el pago de Seguros y pólizas", precisando que en el ítem b) de la cláusula 13.3 de las Condiciones Especiales del Contrato se prevería que la aplicación de penalidad sólo se da cuando no se mantienen vigentes las pólizas de seguro descritas en la subcláusula 18 de tales condiciones, situación que en



ningún caso se habría configurado durante el desarrollo de la Obra, ya que las pólizas se habrían mantenido vigentes en todo momento, por lo que además de no estar sustentada la aplicación de la multa el Supervisor viene incumpliendo lo ordenado por el Tribunal Arbitral, ocasionando un perjuicio económico al Contratista, por lo que se reservó el derecho de tomar las acciones que la ley prevé en estos casos. Asimismo, señalo que las pólizas contractualmente requeridas por la Entidad, se mantuvieron vigentes en todo momento, tal como se demuestra en la misma póliza. Al no encontrarse sustentada la aplicación de la penalidad, por este concepto, solicitó al Tribunal que se ordene la devolución del dinero retenido por este concepto, según se mostraría en el folio numerado como 010 ítem 2.1.4, "Multas", que se habría adjuntado a la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5 de la Entidad, por lo cual solicitaron al Tribunal Arbitral que se ordene a Provías Nacional, que en la Liquidación Final de Obra se retiren todos los conceptos de penalidades en tanto se habría demostrado, estos no corresponden ser aplicados según las condiciones contractualmente previstas.

48. En relación con la Quinta Pretensión Principal, Verdú manifestó que con fecha 26 de setiembre de 2011, la Entidad a través del Comité de Recepción de Obra dio por recibida la obra, no existiendo ningún reclamo de parte de la Entidad contra el Contratista, en lo que se refiere al Fiel Cumplimiento de la obra. Ahora bien, la cláusula 24.2 de las Condiciones Especiales, establece que:

*"Para que Provías Nacional proceda a la devolución de garantías de fiel cumplimiento debe de haber sido consentida la liquidación del contrato de obra..."*

49. Asimismo, el Demandante sostuvo que en el ítem 14.0 del Análisis Cuantitativo del Informe N° 044-2012-MTC/20.5-GBDA, que habría remitido la Entidad mediante Carta N° 738-2012-MTC/20.5 del 6 de junio de 2012 se citó la cláusula 24.2 de las Condiciones Especiales indicando lo siguiente:

*"...existe la obligación por parte del Contratista de mantener vigente la referida garantía hasta ese momento".*

50. En ese sentido, el Contratista manifestó que ante la no aprobación por parte de la Entidad de los reclamos efectuados en su oportunidad, así como la necesidad de recurrir a un proceso arbitral por causas no atribuibles a éste

para poder reclamar el pago que por derecho correspondería, se vio obligado a incurrir en mayores costos financieros, como consecuencia de la disposición dada por la Entidad de retener de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Esta demora habría sido generada únicamente como consecuencia de las disposiciones dadas por la propia Entidad, que generaría mayores costos financieros que deberían ser reconocidos por ésta, razones por las cuales, al haber demostrado que Provías Nacional habría retenido la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, a pesar de haber ejecutado la Obra y que ésta habría sido recibida a satisfacción de la Entidad, solicitaron al Tribunal Arbitral que se ordene a ésta el reconocimiento de pago de los mayores costos financieros por retención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, por un monto ascendente a S/. 74,498.65 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho y 65/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, monto que deberá ser actualizado a la fecha en que la Entidad disponga la devolución de la fianza de fiel cumplimiento.

51. En relación con la Sexta Pretensión Principal, Verdú sostuvo que mediante el asiento N° 679, del 13 de junio de 2012, se habría dejado constancia de que el Supervisor, mediante Carta N° 1062-2011/CSE-2-P393, habría aprobado la calidad de las microesferas a aplicarse en la pintura de la vía. Agregó que cumplió con efectuar la señalización horizontal (pintado de la vía), conforme con las condiciones contractualmente establecidas e incluso el Supervisor, en cumplimiento de sus obligaciones, habría verificado, mediante los respectivos controles de calidad, el cumplimiento de las condiciones y parámetros contractualmente establecidos. Así, el ítem c) de la cláusula 25. Acto Previo a la Recepción de Obra, establecería lo siguiente:

*"El Comité de Recepción, junto con el Contratista procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos".*

52. El Comité de Recepción, designado por la Entidad -precisó Verdú- amparándose en un procedimiento de verificación y un parámetro de control que no estaría previsto en las Especificaciones Técnicas del Contrato, habría formulado observaciones a la pintura colocada y obligado a efectuar el repintado de 41.5 Km de señalización horizontal, lo cual habría generado mayores costos para tal parte, los cuales deberían ser reconocidos por la

Entidad, cuyo monto ascendería a S/. 112,675.32 (Ciento Doce Mil Seiscientos Setenta y Cinco y 32/100 Nuevos Soles), más IGV y los intereses que correspondan, razones por las cuales solicitaron que se sirva ordenar a Provías Nacional que reconozca el pago que corresponde por este concepto.

53. En relación con la Séptima Pretensión Principal, Verdú manifestó que en atención a los argumentos expuestos en su demanda y considerando que existiría sustento lógico y jurídico que ampare sus pretensiones, solicitó al Tribunal Arbitral que el pago de los costos y costas que irroque la tramitación del presente arbitraje sea pagado íntegramente por la Entidad o, de ser el caso, éstos sean asumidos por ambas partes, en virtud del principio de equidad.
54. En relación con la Pretensión Subordinada a las Siete Pretensiones Principales, Verdú sostuvo que en el caso que el Tribunal Arbitral desestime las pretensiones formuladas y desarrolladas en la demanda, de lo cual se inferiría que no hay -según concluyó- otra vía posible para subsanar el desequilibrio patrimonial injusto y sin causa que se habría producido en contra de dicha parte, por lo que aquél debería ordenar que se pague la suma de S/. 6'150,975.37 (Seis Millones Ciento Cincuenta Mil Novecientos Setenta y Cinco y 37/100 Nuevos Soles), como resarcimiento por el enriquecimiento sin causa que habría beneficiado a la Entidad en perjuicio de Verdú. En ese sentido, si la transformación del patrimonio no reconoce una causa jurídica, el beneficiado con dicha transformación patrimonial tendría el deber de restituir lo mal habido, por lo que la Entidad, al recibir de su parte un servicio y -supuestamente- no pagar por ello configuraría el enriquecimiento por el valor del trabajo.
55. Señaló Verdú que, en términos jurídicos, la aplicación del Principio del Equilibrio Económico Financiero del Contrato constituiría una expresión del Principio de Buena Fe, aplicable a los contratos que celebra el Estado en el marco de la ejecución de dichos instrumentos, cuya ejecución estaría regida no sólo por las normas del Código Civil sino también por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley o la LCE) que establece como principio de toda contratación estatal que las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación



de equivalencia y proporcionalidad, conforme se encuentra establecido en el literal l) del artículo 4° de la LCE, aplicable a la presente controversia:

**"Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones**

*Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho:*

[...]

*l) Principio de Equidad.- Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general".*

56. Asimismo, Verdú manifestó que, en cuanto a su contenido, la doctrina ha dejado establecido que la aplicación del equilibrio económico financiero del contrato debería reflejar el resultado justo y la equivalencia honesta entre las prestaciones a las que se comprometieron las partes. En términos económicos la aplicación del principio debería dar como resultado una modificación contractual que permita razonablemente el retorno de la equivalencia entre las prestaciones logradas al momento de suscripción del contrato.
57. En virtud de lo anterior, el Demandante afirmó que no existiría causa que justifique tal enriquecimiento, entendiendo que dicha causa debería haber sido el pago de una contraprestación a la parte empobrecida o a la existencia de una obligación en su propio patrimonio, por ello –según postuló– Verdú estaría empobreciendo al dejar de recibir la contraprestación que normalmente le hubiera correspondido por la ejecución de los diversos trabajos, los cuales habrían generados montos detallados en el cuadro antes referido en su demanda, siendo que tal empobrecimiento también sería injusto y sin causa.
58. Por otro lado, el Contratista sostuvo que el Principio de Moralidad previsto en el literal b) del artículo 4° de la LCE, el cual señala:

*"b) Principio de Moralidad.- Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad".*

59. De lo anterior, el Demandante consideró que podría apreciarse que las reglas de la honradez y justicia son aplicables a ambas partes, por lo cual si se acreditarían mayores costos en la ejecución de una obra pública, éstos deberían ser reconocidos.
60. Finalmente, en relación con la cuantía del arbitraje, Verdú manifestó que todos los conceptos indicados en los ítems anteriores (sin considerar intereses), ascenderían a un monto de S/. 6'150,975.37 (Seis Millones Ciento Cincuenta Mil Novecientos Setenta y Cinco y 37/100 Nuevos Soles) según el siguiente detalle:

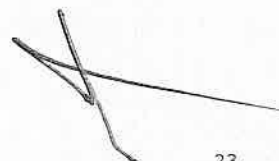

Concepto	Monto S/.
Valorizaciones de Obra	2,707,041.55
Por Reajustes	1,657,138.60
Por Deducciones del Adelanto Directo	127,946.08
Por Intereses	81,865.06
Factor "F"	18,016.46
Factor "V"	13,408.17
Mayores Costos Financieros	74,498.65
Repintado de la vía	112,675.32
Monto Facturable	4,792,589.90
IGV 18 %	1,098,288.13
Penalizaciones Injustificadas	260,097.34
Total S/.	6'150,975.37

61. Para Verdú, el detalle de cálculo y justificación técnica de cada uno de los conceptos indicados se encontrarían en la pericia de Liquidación de Obra que adjuntó a su demanda.

### III.3. LAS EXCEPCIONES Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

62. Con fecha 18 de octubre de 2012, Provías Nacional contestó la demanda formulada por Verdú, deduciendo excepciones en los siguientes términos:

**Las Excepciones de Cosa Juzgada:**





63. Deducida contra la Tercera y Cuarta pretensiones principales de la demanda, Provías Nacional precisó que Verdú habría solicitado un anterior arbitraje que concluyó con el Laudode derecho de fecha 2 de diciembre de 2011, emitido por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez, Patrick Hurtado Tuerosy José Abanto Verástegui.

64. La Entidad informó que en el mencionado Laudo queVerdú habría reclamado como petitorio, recaído en la Novena Pretensión Principal, lo siguiente:

*"Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por la Entidad contra el Contratista por la falta de seguros, la falta de equipos y personal que, a diciembre de 2010, ascenderían a S/. 425,607.64 y que no se encontrarían contractualmente establecidos".*

65. Asimismo, la Entidad mencionó que en el referidoLaudo el colegiado habría resuelto declarar infundada la Novena Pretensión Principal, referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalidades. Dicho ello, el Contratista pretendería que un nuevo Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de los deductivos y penalidades que impuso la Entidad y que no sean incorporadas a la Liquidación del Contrato.

66. En relación con las funciones de la Cosa Juzgada, Provías Nacional sostuvo que la Excepción de Cosa Juzgada resolvería en la vinculación en otro proceso al contenido de lo decidido en la sentencia, siendo que esta vinculación actuaría de dos formas: i) negativa o excluyente, y ii) positiva o prejudicial.

67. La función negativa o excluyente supondría la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto<sup>4</sup>, es decir, sobre la misma pretensión, lo cual se traduciría en el tradicional principio *non bis in idem*. Provías Nacional agregó que la Cosa Juzgada no podría impedir la iniciación de un nuevo pleito, pues la fuerza de ésta no podría determinarse a priori, pero sí se opondría a que se dicte un nuevo fallo sobre el fondo.

68. La Entidad agregó que la función positiva o prejudicial sería consecuencia de la anterior e implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando debe decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior sería condicionante

<sup>4</sup>Esta función negativa, pues, no obliga a que en el segundo proceso se resuelva con el mismo contenido con que se resolvió el primero, sino que impone al Tribunal no resolver

o prejudicial. La Cosa Juzgada no operaría como excluyente de la resolución de fondo posterior, sino que condicionaría esta segunda decisión, por lo cual se hablaría también de función prejudicial.

69. En relación con los límites de la Cosa Juzgada, Provías Nacional manifestó que la vinculación sobre la que se resuelve la Cosa Juzgada formada en un proceso en relación con otro proceso posterior, sería obvio que habría de requerir una serie de identidades. En tal sentido, aquella sólo podría oponerse en el segundo proceso cuando la pretensión ejercitada en ésta sea la misma que se resolvió en el primero.
70. Agregó la Entidad que el impedimento procesal de la Cosa Juzgada se resumiría en la comparación de las demandas en los arbitrajes en conflicto, es decir, en el anterior y en el presente caso, luego de lo cual, efectivamente, sí se advertiría que existe identidad jurídica y pronunciamiento.
71. Al respecto, el Demandado sostuvo que tendrían que existir tres requisitos por los cuales se podría deducir la Excepción de Cosa Juzgada, una triple identidad entre los arbitrajes en cuestión, a saber: partes, objeto y causa. Incluso –en dicho de Provías Nacional–, según la jurisprudencia argentina, si bien otorga prevalencia a la concurrencia de las tres clásicas identidades para que proceda la Excepción de Cosa Juzgada, también admitiría su amparo cuando falta alguna de ellas, pero siempre que razonablemente se pueda observar la existencia de identidad jurídica; es decir que las identidades tendrían que apreciarse en el terreno netamente jurídico.
72. Para el Demandado, la identidad de partes estaría referida a la identificación de los sujetos que participaron en el primer arbitraje con los que lo hacen en el segundo, siendo irrelevante el cambio de posición o calidad de las partes como demandantes o demandados y no debiendo apreciarse esta identidad físicamente, sino jurídicamente, por lo que en esta identidad también estarían comprendidos los herederos e inclusive los sujetos que actúan por intervención litisconsorcial o excluyente, los que intervienen por sucesión procesal y los que tienen relación con la contraparte en virtud de cesión o subrogación, debiéndose también considerar el caso de intervención con poder de representación.



73. De otro lado, afirmó Provías Nacional que la identidad de objeto se referiría al bien jurídico disputado en el proceso y no al derecho que se reclama. La determinación del objeto depende del juicio de que se trate, pudiendo aquél ser material o inmaterial, especie, género o estado de hecho. Agregó el Demandado que, por ejemplo, en un juicio de reivindicación el objeto sería el inmueble cuya propiedad se debate, por lo que no procedería la Excepción de Cosa Juzgada si en el primer juicio se discute el derecho de propiedad sobre el inmueble y en un segundo juicio se discute, respecto del mismo inmueble, una distinta clase de derecho como la posesión u otro derecho real.
74. En relación con la identidad de causa, Provías Nacional refirió que ésta estaría vinculada a la pretensión jurídica, es decir, al fundamento y razón de ser del proceso, siendo necesario aclarar que para la determinación de esta identidad no sólo se deberían considerar las afirmaciones de las partes o lo que objetivamente obre en el expediente, sino que se trataría de la razón y fundamentos expresa e implícitamente admitidos por las partes.
75. A modo de ejemplo, la Entidad señaló que, en la misma línea conceptual, el Código Procesal Civil peruano habría recogido la triple identidad en el artículo 452° el cual señala que:

**"Artículo 452°: Procesos idénticos.-***Hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellos deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos".*

76. Atendiendo a lo antes señalado y a lo establecido en nuestro Código Procesal Civil, Provías Nacional afirmó que, en el caso concreto, sí habría identidad de partes, pues tanto éste como Verdú son partes totalmente idénticas a las pertenecientes al arbitraje ya laudado.
77. Para el Demandado también habría identidad de objeto, por cuanto las controversias por las cuales se deduce su excepción estarían referidas a las deducciones y penalidades impuestas por la Entidad, las cuales también serían idénticas respecto del anterior arbitraje ya laudado.
78. En ese mismo sentido -aseveró Provías Nacional- también habría identidad de causa, por cuanto las pretensiones reclamadas por el Contratista dentro del presente arbitraje ya habrían sido resueltas por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez, Patrick Hurtado

Tueros (árbitro en este caso, designado por el Contratista) y José Abanto Verástegui, mediante Laudo de fecha 2 de diciembre de 2011. Sepodría corroborar, entonces, que las pretensiones del Contratista son totalmente idénticas a las del anterior arbitraje.

79. Finalmente, por las consideraciones expuestas y atendiendo a que -según Provías Nacional- se ha demostrado que la contratista está demandando dentro del presente proceso pretensiones sobre las cuales ya se ha emitido pronunciamiento, solicita al Tribunal declare fundada la excepción deducida.

#### **Las Excepciones de Incompetencia:**

80. Deducida contra la Pretensión Subordinada a todas las pretensiones principales de la demanda, Provías Nacional señaló que Verdú accionó tal pretensión en el siguiente sentido:

*"Que en el supuesto que el Tribunal considere que no procede declarar fundada todas las pretensiones principales expuestas, solicitamos que se ordene el pago de la suma de S/. 6 150, 975.37 nuevos soles, más IGV, e intereses correspondientes, por concepto de enriquecimiento sin causa".*

81. Sin embargo, para tal Entidad, dicha materia no resultaría arbitrable, toda vez que, entre otras cosas, no habría sido pactada por las partes en el contrato materia de controversia.
82. En relación con las materias arbitrables y el Enriquecimiento sin Causa, la Entidad sostuvo que, según ARIAS LOZANO<sup>5</sup>, las dos corrientes que intentan absolver sobre las "materias arbitrables", están referidas: i) a la facultad de libre disposición y ii) a la patrimonialidad de la materia arbitrable.
83. Respecto de la primera corriente, a efectos de determinar qué es arbitrable y qué cosas no lo son, el Demandado señaló que sería necesario iniciar por el concepto de "autonomía privada", razón por la cual, para que una materia sea considerada "no arbitrable" no debería existir una razón específica para ello, pues sólo sería suficiente la no voluntad de una de las partes o de ambas, al momento de la suscripción del convenio arbitral. Sobre ello, consideró

<sup>5</sup>ARIAS LOZANO, David (coordinador). Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. Navarra: Arazandi, 2005, pág.31.

importante tener en cuenta la tesis desarrollada por MONTERO AROCA<sup>6</sup>; para quien lo importante para establecer si una materia es de libre disposición o no, es determinar cuál es la relación jurídica objeto de la controversia y si ésta es una de la cual surgen derechos subjetivos que su titular pueda ejercer frente a su contraparte y hacerlos cumplir. En consecuencia, serían arbitrables aquellas controversias que se fundan en el ejercicio de un derecho subjetivo al que le corresponde una obligación por parte del demandado

84. Agregó la Entidad que el carácter patrimonial de las materias arbitrables, aparecería como criterio de arbitrabilidad en aquella doctrina que considera insuficiente la "libre disponibilidad". Sobre ello, al igual que la tesis de los derechos subjetivos, la patrimonialidad terminaría siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, sería arbitrable<sup>7</sup>.
85. En virtud de lo anterior, dada la regulación normativa vigente, para Provías Nacional queda claro que serían las partes las que decidirían qué materias someten a arbitraje y cuáles no, facultad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que poseen. Agregó la Entidad que se debería tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, prescribe: *"Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen"*; por lo cual correspondería a las partes manifestar expresamente, debido a la generalidad de la norma, qué materias quieren someter a arbitraje, caso contrario, se podría llegar -según aseveró- al absurdo que todas las materias arbitrables podrían, per se, someterse a arbitraje pese a que ambas partes o una de ellas no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral.
86. Provías Nacional manifestó que una vez aclarado que son las partes las que deciden expresamente qué materias someten a arbitraje, no obstante considerar que el Enriquecimiento sin Causa sería, per se, una materia arbitrable, ambas partes no habrían declarado su voluntad expresa de

<sup>6</sup>MONTERO AROCA, Juan. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre). Madrid: Civitas, 2004, pág. 1722.

<sup>7</sup>CAMPOS MEDINA, Alexander. "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos". En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, pág. 320.

someter esta institución al fuero arbitral. Según manifestó, Provías Nacional tampoco tendría facultades para someter dicha materia al arbitraje, debido a que artículo 187° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento o el RLCE), establecería de manera expresa cuáles son las controversias arbitrables surgidas de la ejecución de un contrato público, regulación en la que no se incluiría el Enriquecimiento sin Causa, pues, legislativamente, sería una fuente de obligaciones distinta, independiente y autónoma del contrato.

87. De otro lado, en relación con la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, Provías Nacional sostuvo que según el RLCE, *"El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil"*.
88. La norma jurídica recogida por tal reglamento sería una de remisión. En virtud de estas normas, la solución a un supuesto de hecho determinado se lograría aplicando reglas previstas expresamente por la ley para otro supuesto de hecho. Así pues, la Entidad manifestó que aquéllas son disposiciones que no contendrían en sí una regulación propia y que se limitarían a reenviar o remitir a una normativa ya existente. Asimismo, se debería tener en cuenta lo prescrito por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, que señala: *"Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza"*.
89. De lo manifestado -según Provías Nacional- se colegiría que si bien las instituciones jurídicas previstas en el Código Civil se podrían aplicar a la contratación pública, éstas deberán emplearse respetando su estructura interna, sus presupuestos, elementos y requisitos y, finalmente, sus características propias. Dicho de otro modo, la aplicación del enriquecimiento sin causa a la contratación pública no implicaría su desnaturalización; por el contrario, esta institución como concepto deberá materializarse respetando las normas que la rigen.
90. Para el Demandado, el Enriquecimiento sin Causa no podría formar parte de las controversias surgidas de la ejecución contractual, pues legislativamente tendría una naturaleza distinta, en tanto representaría una fuente de

obligaciones ajena al contrato (y por la existencia de una acción alternativa, según veremos más adelante). Para reforzar lo antes señalado, se debería tener en cuenta que debido al carácter extracontractual del Enriquecimiento Indebido, Proviás Nacional no habría tenido facultades para incluirlo en el convenio arbitral, razón por la cual, no lo plasmó expresamente. Por lo tanto, independientemente del carácter patrimonial y disponible del Enriquecimiento sin Causa, en el presente caso no sería arbitrable porque las partes nunca lo habrían incluido como materia arbitrable y porque, además, una de ellas (la parte demandada) no tendría facultades para someter dicho conflicto a arbitraje.

91. En relación con lo que implica el Enriquecimiento sin Causa, la Entidad manifestó que se deberá tener en cuenta que todo desplazamiento patrimonial<sup>8</sup>, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debería restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución<sup>9</sup>.
92. Para Proviás Nacional, los desplazamientos patrimoniales deberían tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa; por ello, resultaría contrario a la equidad que un sujeto pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa o *in rem verso*, la cual es residual y excluyente, en defensa de su patrimonio que sufrió un desmedro injusto. En tal sentido, todos los desplazamientos patrimoniales requerirían de una causa que los justifique jurídicamente. De acuerdo con TRIMARCHI<sup>10</sup>, los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

<sup>8</sup>El término "desplazamiento" sería más concreto que el término "atribución", ya que requeriría que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.

<sup>9</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Madrid, págs. 89-90.

<sup>10</sup>TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato, quindicésima edizione. Milano: Giuffrè, 2003, pág. 332.



- a. Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños: En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.
- b. Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, podrían tratarse:
- De hechos del mismo empobrecido, quién por error entregue a otro sujeto un bien no debido.
  - De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil).
  - De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.
93. A contrario sensu, la Entidad sostuvo que cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños, el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano, el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. Este principio general está recogido en el artículo 1954° del Código Civil que establece: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.
94. En relación con el Enriquecimiento sin Causa como fuente de obligaciones distinta del Contrato, éste se encontraría regulado como una fuente de obligaciones distinta del contrato, regulada en los artículos 1954° y 1955° del Código Civil<sup>11</sup>. Al respecto, Provías Nacional señaló que la legislación peruana reconoce la autonomía de esta institución sobre la base de la idea que los bienes y servicios deben intercambiarse teniendo en cuenta el principio de conmutatividad, de tal manera que las prestaciones y contraprestaciones se traten de atribuciones que sean consecuencia de actos jurídicos lícitos y válidamente celebrados.

<sup>11</sup>Para la Entidad, el Código Civil reconocería como fuente de obligaciones: i) Contrato, ii) el enriquecimiento sin causa, iii) responsabilidad extracontractual y iii) la gestión de negocios.

95. Al respecto, la Entidad manifestó que DIEZ-PICAZO señala: *"...uno de los principios que inspiran el Derecho Civil Patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. [...] Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución"*<sup>12</sup>.
96. En este sentido, el fundamento del Enriquecimiento sin Causa se encontraría en la imposibilidad de que se produzca una atribución patrimonial sin una causa que lo justifique, o, si se desea ver desde otra perspectiva, en el hecho de no admitir un dicho enriquecimiento. De esta manera -agregó la Entidad-, la falta de una causa justa en una atribución patrimonial se transformaría en el sustento de la doctrina del Enriquecimiento sin Causa. Así, sostiene AMEAL que *"...cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de una persona a otra enriqueciéndola sin título o razón jurídica que lo justifique, nos encontramos frente a una situación que la doctrina ha caracterizado- como enriquecimiento sin causa en la acepción más apropiada"*<sup>13</sup>.
97. El Demandado consideró que lo antes señalado justificaría que legislativamente el Enriquecimiento sin Causa se presente como una fuente de obligaciones distinta, autónoma e independiente al contrato, regulándose mediante normas sancionadoras que buscarían revertir todo enriquecimiento injusto. Nuevamente, en palabras de Luis Diez-Picazo, sostuvo que: *"Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal empobrecimiento y careciendo de justificación o de causa que*

<sup>12</sup>DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Madrid, págs. 89 y 90.

<sup>13</sup>AMEAL, Óscar. "Enriquecimiento sin Causa. Subsidiariedad o autonomía de la acción". En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. BUERES, Alberto José y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (directores). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pág. 1064.



*lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine en enriquecimiento. Deudor es el enriquecido; acreedor, el empobrecido*<sup>14</sup>.

98. En relación con el carácter residual del Enriquecimiento sin Causa, según Provías Nacional, de conformidad con el artículo 1955° del Código Civil, la procedencia de la acción se encontraría condicionada a la inexistencia de una vía alternativa para resguardar el derecho: *"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"*.
99. El Demandado refirió que a partir de esta disposición podría decirse que *"...la acción general del enriquecimiento sin causa tiene naturaleza complementaria y subsidiaria, pudiendo ser ejercitada cuando falte un título específico sobre el cual pueda fundarse un derecho de crédito"*<sup>15</sup>. De esta forma, de existir una acción alternativa a disposición del afectado para hacer valer su crédito, no resultaría procedente la acción por Enriquecimiento sin Causa.
100. La Entidad agregó que, en palabras de ASTONE<sup>16</sup>, los casos más simples en el cual el principio de subsidiariedad es entendido en abstracto, son aquellos en los cuales el empobrecido dispone de un remedio alternativo contra el enriquecido: en este caso pueden distinguirse tres circunstancias:
- i) El empobrecido teniendo a su disposición un medio contra el enriquecido, no la ha ejercido aún, siendo relevante la concreta posibilidad de obtener un resultado favorable.
  - ii) Que ya hubiera sido ejercitada, habiendo sido declarada infundada.
  - iii) Si la diversa acción hubiera prescrito o caducado, en cualquiera de los tres escenarios estaremos frente a una acción -por Enriquecimiento sin Causa- que resulta improcedente, en tanto el afectado habría contado con acciones alternativas para proteger su crédito.
101. A mayor abundamiento, Provías Nacional, en relación con lo prescrito en el artículo 1955° del Código Civil peruano, según la exposición de motivos, esta

<sup>14</sup>DIEZ-PICAZO, Luis. "La doctrina del enriquecimiento injustificado". En: Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid: Civitas, 1991, págs. 30 y 31.

<sup>15</sup>ASTONE, Francesco. L'arricchimento senza causa. Milano: Giuffrè, 1999, pág. 211.

<sup>16</sup>Idem.

acción "...solo 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 procedentes"<sup>17</sup>.

102. Finalmente, para la Entidad quedaría claro que el Enriquecimiento sin Causa no sería materia arbitrable porque:

- i) Tendría un origen extracontractual.
- ii) Provías Nacional no habría contado con autorización para someterlo al convenio arbitral.
- iii) No sé pactó expresamente como materia arbitrable.
- iv) Su carácter residual origina su improcedencia debido a que el sistema jurídico le reconoce al contratista otra vía a efectos de hacer valer sus pretensiones, razón por la cual, es oportuno que no consideren esta pretensión como materia arbitrable.

103. En virtud de lo anterior, la Entidad solicitó que el Tribunal Arbitral declare fundada la Excepción de Incompetencia deducida contra la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales de Verdú.

104. En relación con la Excepción de Incompetencia deducida contra la Sexta Pretensión Principal, Provías Nacional manifestó que Verdú pretendería someter a decisión del Tribunal Arbitral adicionales de obra, los cuales, según agregó se encuentran regulados en el artículo 41º de la LCE el cual precisa que *"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República"*.

<sup>17</sup>REVOREDO, Delia. Código Civil. Tomo VI .Lima: Okura, 1985, págs. 778 y 779.

105. De lo anterior, la Entidad colige que el legislador habría optado por que los adicionales de obra no sean materias arbitrables, por tanto tal materia está vedada para ser conocida en la vía arbitral; de lo cual se podría advertir, además, que la pretensión de Verdú conllevaría un pronunciamiento sobre una materia que no es arbitrable, según la LCE, porque es inherente a las facultades *ius imperium* del Estado, consistente en la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

106. Provías Nacional concluyó que, al encontrarnos ante un supuesto que ha sido prohibido por el propio legislador de ser visto en vía arbitral, el Tribunal Arbitral debe declarar fundada su Excepción de Incompetencia por adicionales de obra.

#### La Contestación de la Demanda:

107. Provías Nacional manifestó que en el marco del contrato suscrito con Verdú la obra comprendía dos tramos:

- Tramo 1: Tramo Asfaltado.- Carpeta Asfáltica en caliente de 27.95 km.
- Tramo 2: Tramo NO Asfaltado.- Tratamiento Superficial Bicapa de 38.26 km.

108. La Entidad agregó que cada tramo tenía su propia fórmula polinómica, calendario de ejecución y equipo mecánico, según el siguiente cuadro:

Descripción	Tramo 1 - km. 0+000 - 27+950	Tramo 2 - km. 27+950 - 66+210	A Licitar 0+000 al 66+210
Longitud	27,950 m.	38,26 m.	66,21 m.
Pavimento:	Asfalto - PEN 40/50	T.S.B	Asfalto / T.S.B.
Monto - Ene'09 S/	29 611 126,61	44 887 519,80	74 498 646,41
Plazo	228 días	312 días	312 días
Ancho de vía:			
* 6,6 m.	0+000 al 31+000		
* 6,0 m.		31+000 al 66+210	

109. Agregó la Entidad que con Resolución Directoral N° 296-2009-MTC/20 del 13 de marzo de 2009 se aprobó el Estudio Definitivo, que tuvo como consecuencia los siguientes números:

Descripción	Monto S/.	Plazo días	En el Estudio
Tramo 1.- Asfaltado	29,611,126.61	312	228
Tramo 2.- No Asfaltado	44,887,519.80	312	312
Total S/.	74,498,646.41		

110. Sin embargo, con Resolución Directoral N° 567-2009-MTC/20 del 28 de mayo de 2009 se aprobó el presupuesto reformulado del Estudio, que tuvo como consecuencia el siguiente consolidado presupuestal:

Descripción	Monto S/.	Plazo días
Tramo 1.- Asfaltado	29,440,784.13	312
Tramo 2.- No Asfaltado	44,417,567.82	312
Total S/.	73,858,351.95	

111. Proviás Nacional mencionó que la Licitación Pública Internacional N° 001-2009-MTC/20 se convocó para la ejecución del Mejoramiento y Rehabilitación de la carretera Sullana – El Alamor del Eje N° 2 de Interconexión Vial Perú – Ecuador, con un Valor Referencial de S/. 73'858,351.95 y precios unitarios referidos al mes de enero del 2009.
112. Como resultado de la Licitación Pública Internacional N° 001-2009-MTC/20, el Comité Especial encargado de su conducción otorgó la Buena Pro al Contratista Compañía Verdú SA, por el monto total de su propuesta económica, ascendente a la suma de S/. 65'151,653.31 incluido el IGV, con precios referidos al mes de enero de 2009.
113. Con fecha 28 de octubre de 2009 se suscribió el Contrato de Obra N° 116-2009-MTC/20, entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de Proviás Nacional y Compañía Verdú SA, para la ejecución de la obra: Mejoramiento y Rehabilitación de la carretera Sullana – El Alamor del Eje N° 2 de Interconexión Vial Perú – Ecuador, que se ejecutará por el Sistema a Precios Unitarios, con precios a enero de 2009 y con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Recursos Ordinarios del Gobierno Peruano, por el monto de su Propuesta Económica, ascendente a la suma de S/. 65'151,653.31 incluido el IGV. (19%), con precios referidos al mes de Enero de 2009 y un plazo de ejecución de los trabajos de 312 días calendarios, según los siguientes parámetros:

Descripción	Tramo Asfaltado	Tramo NO Asfaltado	TOTAL s/.
Costo Directo	17,956,076.38	27,596,206.25	45,552,282.63
G.G. Fijos 3.50%	628,462.67	965,867.22	1,594,329.89
G.G. Variables 8.69%	1,560,383.04	2,398,110.32	3,958,493.36
Utilidad 8%	1,436,486.11	2,207,696.50	3,644,182.61
Sub-Total	21,581,408.20	33,167,880.29	54,749,288.49
IGV. 19%	4,100,467.56	6,301,897.26	10,402,364.81
Total	25,681,875.76	39,469,777.55	65,151,653.30

114. La Entidad, asimismo, precisó que mediante la Carta N° 001-09 del 28 de octubre de 2009, el Contratista solicitó el Adelanto Directo por la suma de S/. 13'030,330.66, incluido IGV, para lo cual habría adjuntado la Factura N° 001-000002 por S/. 13'030,330.66, faltando la Carta Fianza, la cual habría sido entregada posteriormente. El adelanto habría sido entregado con fecha 27 de noviembre de 2009, por la suma solicitada.
115. El Demandado sostuvo que con fecha 18 de noviembre de 2009 se habría suscrito la Adenda N° 1 que posterga la fecha de entrega de terreno al 18 de diciembre de 2009, por los motivos indicados en dicha Adenda. Asimismo, que en la misma fecha se habría realizado la entrega de terreno al Contratista, determinando en el mismo documento que la fecha de inicio del plazo de ejecución se iniciaría el 19 de diciembre de 2009, al haberse cumplido con lo indicado en la cláusula 10.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra, por lo que la fecha de vencimiento del plazo contractual habría sido el 26 de octubre de 2010.
116. Provías Nacional señaló que durante la ejecución del Contrato, se habrían aprobado siete (7) ampliaciones de plazo de las nueve (9) solicitadas, según los siguientes datos:

Resolución Directoral	Ampliación de Plazo				Causal
	N°	Días Calend.	Del	Al	
C.O. N° 116-2009-MTC/20 del 28.10.09	---	312	18.12.09	26.10.10	Contractual
R.D. N° 071-2010-MTC/20 del 05.02.10	1	0	26.10.10	26.10.10	Deficiencias ET.Impiden replanteo de obra
R.D. N° 0424-2010-MTC/20 del 13.05.10	2	60	27.10.10	25.12.10	Ejec.Adic.N°01, T1:25.12.10, T2: 09.11.10
R.D. N° 606-2010-MTC/20 del 17.06.10	3	67	26.12.10	02.03.11	Ejec.Adic.N°02, T1:02.03.11, T2: 09.11.10
R.D. N° 650-2010-MTC/20 del 02.07.10	4	0	26.12.10	02.03.11	Ejec.Adic.N°03, T1:02.03.11, T2: 21.01.11
R.D. N° 770-2010-MTC/20 del 06.08.10	5	23	03.03.10	25.03.11	Ejec.Adic.N°04, T1:25.03.11, T2: 29.01.11
R.D. N° 1091-2010-MTC/20 del 21.10.10	6	33	26.03.10	27.04.11	Ejec.Adic.N°05, T1:27.04.11, T2: 29.01.11
R.D. N° 1299-2010-MTC/20 del 02.12.10	7	12	28.04.10	09.05.11	Ejec.Adic.N°06, T1:09.05.11, T2: 29.01.11
R.D. N° 193-2011-MTC/20 del 02.03.11	8	36	10.05.11	14.06.11	Ejec.Adic.N°07, T1:09.05.11, T2: 14.06.11
R.D. N° 625-2011-MTC/20 del 16.06.11	9	24	15.06.11	08.07.11	Ejec.Adic.N°08, T1:08.07.11, T2: 08.07.11
Plazo Total		567	18.12.09	08.07.11	



**Caso Arbitral Ad Hoc**  
**Compañía Verdú SA vs. Provías Nacional**  
**Contrato de Ejecución de Obra N° 116-2009-MTC/20: "Mejoramiento y**  
**Rehabilitación de la Carretera Sullana - El Alamor, Eje Vial 2 de Interconexión Vial Perú - Ecuador"**

117. En la ejecución de la obra se habrían aprobado nueve (9) presupuestos adicionales y seis (6) presupuestos deductivos vinculantes, tal como se reflejaría en el siguiente cuadro:

Descripción	Prespto. Adic. N°	Tramo		Total s./IGV	OBSERVACIONES
		Asfaltado	No Asfaltado		
Presupuesto Contractual		21,581,408.20	33,167,880.29	54,749,288.49	Contractual
R.D. N° 319-2010-MTC/20 del 14.04.10	01	731,553.13	246,106.18	977,659.31	M. M. por reemplazo de Alcantarillas Existentes No contempladas en el Proyecto
R.D. N° 482-2010-MTC/20 del 21.05.10	-01	0.00	-304,143.00	-304,143.00	Menor Metrado de Pavimentos (Riego de Liga)
	02	1,775,612.28	559,708.72	2,335,321.00	Sub-base Granular, Mayor Metrado de Transporte, e Impermeabilización Asfáltica
R.D. N° 533-2010-MTC/20 del 03.06.10	-02	-187,205.58	-37,717.80	-214,923.38	Menor Metrado de Pavimentos alcantarillas, y transportes en zona de badenes
	03	1,689,533.37	1,070,972.91	2,760,506.28	Demolición de concreto, Mayor Metrado badenes, emboquillados y transportes
R.D. N° 657-2010-MTC/20 del 05.07.10	04	447,160.07	293,660.47	740,820.54	Canales de Concreto, Drenes y Mayores Metrados de alcantarillas
R.D. N° 951-2010-MTC/20 del 17.09.10	-03	-715,386.91	-1,035,147.77	-1,750,534.68	Menor Metrado de Mov. De Tierras Transporte, y Obras de Arte
	05	1,207,750.50	1,696,621.19	2,904,371.69	Mayor Metrado de Mov. De Tierras Transporte, y Obras de Arte
R.D. N° 1166-2010-MTC/20 del 05.11.10	06	79,988.28	51,143.78	131,132.06	M. M. Mov.Tierra, Transporte y Obras de Arte por Subtracción en el tramo 14 km. 7+010 al 7+300 - tramo 2
R.D. N° 078-2011-MTC/20 del 31.01.11	-04	0.00	-1,652,181.77	-1,652,181.77	Menor Metrado de Mov. De Tierras, Obras de Arte, y Transportes en el tramo 2
	07	0.00	1,950,625.50	1,950,625.50	M. M. Mov.Tierra, Base Sub Base, Pavimentos Obras de Arte, Transporte por la Eje Variante de empalme De
R.D. N° 329-2011-MTC/20 del 23.05.11	-05	0.00	-159,094.68	-159,094.68	Menor Metrado de Obras de Arte, por replanteo de curvas urbanas tipo II y III
	08	218,368.06	249,424.85	467,792.91	M.M. Obras de Arte y Señalización
R.D. N° 670-2011-MTC/20 del 24.06.11	-06	-261,883.06	-277,881.35	-539,764.41	Por Regularización Transporte d<1km., y M.M. por Modificación de Fuente de Materiales
	09	30,160.82	454,900.03	485,060.85	Por Regularización Transporte d>1km., y M.M. por Modificación de Fuente de Materiales y Diseño de
Nuevo Monto del Contrato sin IGV		26,597,059.16	36,284,877.55	62,881,936.71	
IGV (19%)		5,055,978.54	6,843,330.45	11,899,308.99	
IGV (18%)		-2,403.75	-48,122.79	-45,719.04	
Nuevo Monto del Contrato con IGV		31,650,633.95	43,176,330.79	74,826,964.74	

118. Provías Nacional afirmó que con fecha 8 de julio de 2011 el Contratista, al haber concluido con los trabajos materia del Contrato, mediante asiento N° 734 del Cuaderno de Obra, solicitó la recepción, en virtud al artículo 210° del RLCE y de conformidad con el numeral 25 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra.

119. La Supervisión de Obra con Carta N° 1150-2011/CSE 2-P393, recibida por la Entidad el 13 de julio de 2011, habría comunicado que el Contratista cumplió con la culminación de los trabajos de la Obra y solicitó su recepción, es por ello que mediante Resolución Directoral N° 764-2011-MTC/20 del 19 de julio de 2011 se habría designado el Comité de Recepción de la Obra, durante los días 8 y 9 de agosto de 2011, dicho comité, en forma conjunta con los representantes del Contratista y de la Supervisión, efectuaron una inspección in situ de la Obra, constatando que ésta habría sido ejecutada conforme con

lo establecido en el Expediente Técnico; sin embargo, se habría verificado la existencia de observaciones a algunos trabajos en el proceso constructivo, razón por la cual el Comité habría dado por no recibida la obra, hasta su subsanación, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el ítem "e" de la Cláusula Vigésima Quinta de las Condiciones Especiales del Contrato, se habría dado un décimo (1/10) del plazo para subsanarlas.

120. El Demandado, asimismo, refirió que el Supervisor, con Carta N° 1192-2011/CSE 2-P393, recibida el 19 de septiembre de 2011, comunicó que el Contratista consignó en asiento 736 del Cuaderno de Obra que habría concluido con los trabajos de levantamiento de observaciones, solicitando la recepción definitiva de la Obra.
121. Por su parte, el Comité de Recepción de la Obra, con fecha 26 de septiembre de 2011, luego de verificar la subsanación de los trabajos físicos y la entrega de las Actas de Conformidad de Canteras y Otros, habría dado por recibida la Obra, motivo por el cual procedieron a suscribir la correspondiente Acta de Recepción en la fecha indicada.
122. Provías Nacional comentó, además, que mediante Carta N° 060-2012-MTC/20.5, recibida el 16 de enero de 2012, se habría indicado al Contratista que, en atención a sus comunicaciones, la reiteración de que la liquidación presentada con fecha 24 de diciembre de 2011, fue devuelta al no supuestamente no cumplir con lo previsto en el numeral 24.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra, que establece expresamente que "[n]o se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver", pues ambas partes mantenía en giro un arbitraje, por lo que en cumplimiento a lo indicado en dicha cláusula el Contratista debía presentar nuevamente su liquidación en cuanto el respectivo laudo hubiere quedado consentido. Asimismo, se habría adjuntado el Informe N° 003-2012-MTC/20.5-GBDA de la Especialista de Obra y que contaría con la conformidad de la Unidad Gerencial de Obras al estar relacionado con la Liquidación de Obra.
123. En el precitado informe -según afirmó el Demandado- se habrían señalado las observaciones a la liquidación presentada por el Contratista, en los siguientes términos:



- Habría faltado la planilla de metrados que muestre la redistribución de los metrados ejecutados.
- Las valorizaciones habrían sido recalculadas, incluso con metrados negativos improcedentes, distorsionando los reintegros.
- El recálculo de las valorizaciones debió hacerse siguiendo el procedimiento empleado en la etapa de ejecución de la Obra, separando los gastos generales fijos y variables.
- Existirían errores en los índices empleados en las fórmulas de reajuste y en las propias fórmulas polinómicas, que no habrían sido las aprobadas, en su oportunidad, que distorsionarían el cálculo de la deducción del reajuste que no correspondería.
- El recálculo de valorizaciones, errores en aplicación de la fórmula polinómica distorsionaría los reintegros y las deducciones de reintegros.
- No se habría presentado calendarios de obra para el control de los reintegros.
- El monto considerado como gasto general, no estaría acorde con las Condiciones Particulares y Generales del Contrato, *"dado que, en la cláusula 13) Indemnización por Demora de las Obras - 13.2 Ampliación de los Plazos de Ejecución - xv. Los Mayores Gastos Generales Variables se reconocerán considerando los siguientes aspectos: A) aquellos en que hubiera tenido que incurrir el Contratista por esa causa y que puedan ser demostrados mediante documentos sustentatorios de gasto real, producidos dentro del período de ocurrencia la causal. B) Estos gastos generales, previo cumplimiento de lo indicado en el numeral anterior, no excederán el monto de gastos generales variables determinado en la oferta del Contratista, por los días ampliados"*.
- El Contratista habría presentado los metrados liquidadores, cuyo término no existiría como tal en los documentos contractuales, y es presentado como una valorización adicional.

- Considera que las penalidades aplicadas en la liquidación serían injustificadas sin demostrar sustento alguno, considerando, además, que le corresponde intereses, sin tomar en cuenta la cláusula 19 "h" sobre la Forma de Pago de Valorizaciones Mensuales de las Condiciones Especiales del Contrato.
- Solicita un reconocimiento de pago en la pintura de guardavías, protección externa, aplicación de conceptos consignados en el Laudo ya emitido y otros por: mayores costos de transporte, repintado de la vía, mayor costo de carta fianza de fiel cumplimiento, sin evidenciar los cálculos y que no serían acordes con las Especificaciones Técnicas, ni términos contractuales.

124. En virtud de todo lo anterior, para Provías Nacional no se encontraría conforme la liquidación presentada por el Contratista.

125. La Entidad señaló que con Carta N° 445-2012-MTC/20.5, recibida el 28 de marzo de 2012, se habría indicado al Contratista: *"cabe precisar; que el pago del Laudo Arbitral, será tramitado una vez se cuente con la confirmación que ha sido declarado consentido en sede arbitral. Además en cumplimiento con lo previsto en el numeral 24.1 de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra: 'No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver', se reitera que deberá presentar nuevamente su liquidación en cuanto el laudo arbitral haya quedado consentido".* Asimismo, que *"se precisa; mediante Carta N° 1886-2011-MTC/20.5 del 09Dic'11, se amplió el contenido de la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5 y se remitió la Liquidación presentada por el Supervisor conformada por siete (07) anillados y cuatro (04) anillados en A3 que contiene los Planos de Obra".*

126. Provías manifestó que de los documentos presentados por el Contratista, se habría observado, entre otros asuntos, lo siguiente:

- Memoria Descriptiva Valorizada, considerada como Análisis Cualitativo (realiza una descripción de los trabajos realizados, tendría algunos errores en las características de la obra), se recuerda que ésta debería ser concordante con los metrados ejecutados y la deben suscribir el Representante Legal del Contratista y Supervisor.

- Luego de definidos los metrados y costos se debería regularizar la Memoria Descriptiva Valorizada.
- No determinaría el monto invertido por la ejecución de la Obra ni el monto pagado a cuenta por la Entidad, sólo determinaría el monto a reconocer.
- Hasta la fecha se habría tramitado y pagado por valorizaciones, reintegros y Laudo N° 1, la suma de S/. 70'734,765.29 incluido IGV, monto diferente al considerado por el Contratista.
- No incluiría la planilla de metrados ejecutados, ni el mes en que fueron realizados, ni el sustento de Metrados, los que deberían llevar la firma del Supervisor en señal de conformidad.
- El recálculo de las Valorizaciones de la Obra debía elaborarse sobre la base de los metrados realmente ejecutados y conciliados entre el Contratista y el Supervisor, teniendo en cuenta los metrados aprobados en los Presupuestos Adicionales y Deductivos de Obra.
- Para los Metrados Liquidadores -cuyotérmino no existiría como tal en los documentos contractuales- y en las Valorizaciones Recalculadas, el Contratista debería tener en cuenta las cláusulas contractuales: 19.- Forma de Pago de Valorizaciones Mensuales, Item "j" ("Se entiende que las valorizaciones a las que se alude en el numeral anterior se refieren a obra contratada y a obra adicional administrativamente aprobada"). 15.- Ajustes por Cambios en el costo, Item "g" ("iii. Todo trabajo adicional o cambio, salvo los casos excepcionales que pongan en peligro la vida y la propiedad, será efectuado por pedido escrito de Provias Nacional. El Contratista no podrá reclamar por pagos adicionales al monto del Contrato, si tales pagos no hubieran sido ordenados en la forma antes mencionada"; "vi. No será tramitado ningún reclamo por presupuesto, que no haya sido efectuado de la manera indicada en los numerales anteriores").





- Luego de definir los metrados y la fecha que fueron ejecutados, se realizaría la valorización correspondiente y la aplicación de los reintegros (debe considerar además los Calendarios de Obra).
- La determinación de los reajustes, se hará con los metrados conciliados, y utilizando el Calendario Valorizado de Avance de Obra Actualizado (Contrato Principal + Adicionales y Deductivos), por lo que debía adjuntarse los Calendarios de Obra del Presupuesto Principal y de los Adicionales de Obra, suscritos por el Contratista y Supervisor.
- La fórmula polinómica del Presupuesto Principal del tramo no asfaltado sería diferente a la del Expediente Técnico, con lo cual distorsionaría el cálculo de reintegros y deducción de reintegros que no corresponde por el adelanto otorgado.
- Existiría diferencia en los reintegros por diferencia en los K, además de algunos errores al trasladar los índices unificados a la fórmula polinómica tanto en el Presupuesto Principal como en algunos Presupuestos Adicionales u otros errores en los que se habría incurrido al trasladar los montos en los Presupuestos Adicionales.
- La liquidación no estaría firmada por el Representante Legal del Contratista y por el Jefe de Supervisión.
- No se habría presentado Calendarios de Obra para el control de los reintegros.

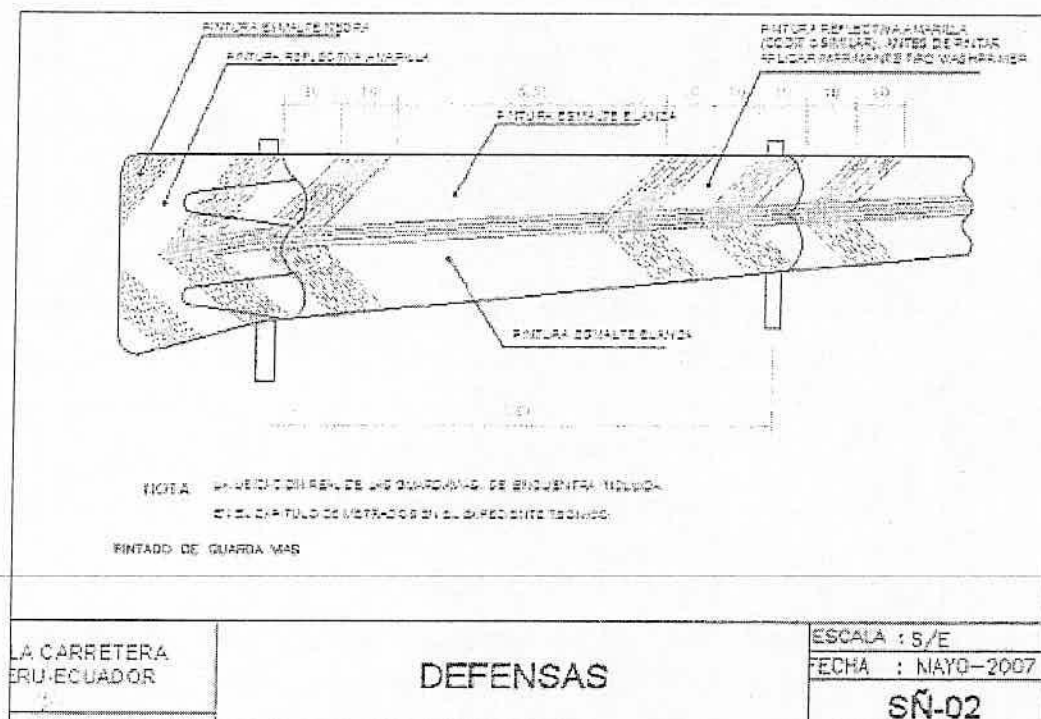
127. En relación con las "Deducciones Injustificadas", la Entidad manifestó que este concepto habría sido considerado como "Descuentos y Penalidades", parte del noveno punto controvertido reclamado por el Contratista en el Arbitraje N° 2, por la suma de S/. 425,607.64, tal como se mostraría en el siguiente cuadro:



Descripción	Tramo Asfaltado	Tramo NO Asfaltado	Total S/.
<b>Penalizaciones con IGV:</b>			
<b>*Falta Mantenimiento de Transito</b>	3,636.93	5,022.32	8,659.25
Set'10	2,746.20	3,792.24	6,538.44
Oct'10	0.00	0.00	0.00
Nov'10	0.00	0.00	0.00
Dic'10	890.73	1,230.08	2,120.81
<b>*Atraso Mov. y Utilización Equip</b>	22,783.13	87,321.50	110,104.63
Set'10	22,175.58	87,321.50	109,497.08
Oct'10	607.55	0.00	607.55
Nov'10	0.00	0.00	0.00
<b>Total Penalizaciones con IGV:</b>	<b>26,420.06</b>	<b>92,343.82</b>	<b>118,763.88</b>
<b>Descuentos sin IGV:</b>			
<b>*Falta Equipo Protección</b>	11,222.94	20,364.82	31,587.76
Set'10	11,222.94	17,247.24	28,470.18
Oct'10	0.00	0.00	0.00
Nov'10	0.00	0.00	0.00
Dic'10	0.00	3,117.58	3,117.58
<b>*No presencia personal profesion</b>	108,505.90	166,750.09	275,255.99
Set'10	88,647.70	136,232.30	224,880.00
Oct'10	8,798.53	13,521.47	22,320.00
Nov'10	8,514.72	13,085.28	21,600.00
Dic'10	2,544.95	3,911.04	6,455.99
<b>Total Descuentos sin IGV:</b>	<b>119,728.84</b>	<b>187,114.91</b>	<b>306,843.75</b>
<b>Reclamado x Contratista en Arbitraje N° 02</b>		<b>S/.</b>	<b>425,607.63</b>

128. La Entidad manifestó que mediante Resolución N° 25 el respectivo Tribunal Arbitral declaró consentido el Laudo(Arbitraje N° 2) emitido el 2 de diciembre de 2012, el cual declaró Infundada la novena pretensión principal, referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalizaciones. Por ello, el reclamo sobre "Deducciones Injustificadas" por S/. 253,350.18 debería-según Provías Nacional- ser considerado cosa juzgada, al estar inmerso en la pretensión novena del Arbitraje N° 2, por lo que no debe correspondería reclamo alguno.
129. En relación con los gastos financieros, Provías Nacional mencionó que Verdú dijo que tal concepto corresponde a mayores costos financieros por retención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, reclamando la suma de S/. 74,498.65, considerando un tiempo de vigencia adicional de dos (2) años, vigencia que para dicha entidad no sería real. Para dicho reclamo el Contratista no habría tenido en cuenta la cláusula contractual 24.2, que establece: *"Para que Provías Nacional proceda a la devolución de garantía de Fiel Cumplimiento debe haber sido consentida la liquidación de contrato de obra"*. Por lo tanto, existe la obligación por parte del Contratista de mantener vigente la referida garantía hasta ese momento
130. En relación con el reclamo por Pintura de Guardavías, Provías Nacional mencionó que el Contratista reclamó que éstos no requerían recubrimiento, siendo el cálculo del reclamo, por una longitud de 16,459.20 m. de guardavía,

metro lineal de S/. 5.41 (inc. los costos indirectos), que totalizan la suma de S/. 89,044.27. Sin embargo, según los documentos contractuales existe preeminencia de los planos sobre las especificaciones técnicas, y para el caso no se contradicen, sino por el contrario los planos indican claramente cómo se debe pintar, dimensiones y colores que deben contener los guardavías, sugiere además los materiales a utilizar.



131. De otro lado, la Entidad mencionó que la Especificación Técnica precisaba: "La guardavía no necesita ningún revestimiento adicional (pintura o anticorrosivo), salvo que lo indique el proyecto", y así se indicó en los planos de proyecto, razón por la cual resultaría improcedente el pedido de dicha parte.
132. El Contratista reclamaría, además, mayores costos por repintado de la vía, que ascendería a S/. 112,675.32, siendo por el tramo asfaltado una longitud de 3,005.22m2, y no asfaltado 2,422.30m2., a un costo por metro cuadrado de S/. 20.76 (incluidos los costos indirectos), que totalizan la suma de S/. 112,675.32. Sobre ello, el Demandado aseguró que Verdú argumentó su pedido en un procedimiento de verificación y un parámetro de control que no estarían previstos en las Especificaciones Técnicas y que no serían contractuales, formulándose observaciones a la pintura colocada, razón por la cual, en su momento, tuvo que repintar dicha vía.

133. De otro lado, en relación con los arbitrajes ya seguidos por el Contratista, Provías Nacional sostuvo que, en su oportunidad, un Tribunal Arbitral declaró consentido el Laudo de Derecho emitido el 2 de diciembre de 2011, a través de la Resolución N° 25, de fecha 28 de marzo de 2012, por lo que dicho arbitraje habría concluido, según se detallan con las siguientes pretensiones y decisiones al respecto:

- *Primera Pretensión.-* Que se declare nula y/o sin efecto la Resolución Directoral No 650-MTC/20, disponiéndose declarar fundada en su totalidad nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 4, por 146 días calendario, sin Gastos Generales.

*Laudo:* Declarar fundada en parte la primera pretensión demandada y en consecuencia nula y sin efecto la Resolución Directoral N° 650-2010-MTC/20, declarándose procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 4, ordenando el reconocimiento de 73 días de los 146 días calendarios solicitados, sin gastos generales.

- *Segunda Pretensión.-* Que se declare nula y/o sin efecto la Resolución Directoral No 770-2010-MTC/20, disponiéndose declarar fundada en su totalidad nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 5, por 165 días calendarios, sin gastos generales.

*Laudo:* Declarar fundada en parte la segunda pretensión demandada y en consecuencia nula y sin efecto la Resolución Directoral N° 770-2010-MTC/20, declarándose procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 5, ordenando el reconocimiento de 123 días de los 165 días calendarios solicitados, sin gastos generales.

- *Tercera Pretensión.-* Que se declare nula y/o sin efecto la Resolución Directoral N° 1091-2010-MTC/20, disponiéndose declarar fundada en su totalidad nuestra la solicitud de Ampliación de Plazo N° 6, con gastos generales, disponiéndose su pago.



*Laudo:* Declarar fundada la tercera pretensión demandada y en consecuencia nula la Resolución Directoral N° 1091-2010-MTC/20, declarándose procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 6 por 474 días calendarios, de los cuales 276 días calendarios por la demora en las definiciones deben incluir gastos generales y los otros 198 días calendarios sin gastos generales, dado que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 5 cuenta con sus propios gastos generales.

- *Cuarta Pretensión.-* Que se declare nula y/o sin efecto la Resolución Directoral N° 1299-2010-MTC/20, disponiéndose declarar fundada en su totalidad nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 7, por 43 días calendario, sin gastos generales.

*Laudo:* Declarar fundada la cuarta pretensión demandada y en consecuencia nula la Resolución Directoral N° 1299-2010-MTC/20, declarándose procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7, ordenándose el reconocimiento de 43 días calendarios solicitados, sin gastos generales.

- *Quinta Pretensión*

*Laudo:* Declarar infundada la quinta pretensión demandada, referente al pago por el plan de seguridad especial.

- *Sexta Pretensión*

*Laudo:* Declarar improcedente la sexta pretensión demandada, referente al costo de la pintura en las alcantarillas TMC.

- *Séptima Pretensión.-* Que se declare el derecho al pago de costo de los mejoramientos efectuados en la obra.

*Laudo:* Declarar fundada la séptima pretensión demandada, referente al reconociendo del derecho de Compañía Verdú SA por los Mejoramiento efectuados en la Obra, los cuales deberán





valorizarse teniendo en cuenta lo expresado por el proyectista en la Carta N° 015-2010-CVS/OL del 24 de agosto de 2012.

- *Octava Pretensión*

Laudo: Declarar infundada la octava pretensión demandada referente al pago del costo por la utilización de cemento en la alcantarilla Venados.

- *Novena Pretensión*

Laudo: Declarar infundada la novena pretensión demandada referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalidades.

- *Décima Pretensión*

Laudo: Declarar infundada la décima pretensión demandada referente -al pago de mayores costos por pago del área de campamento y derecho de cantera.

- *Décimo Primera Pretensión*

Laudo: Declarar infundada la décimo primera demanda referente al pago de S/. 2'000,000.00 como indemnización por daños y perjuicios.

- *Décimo Segunda Pretensión*

Laudo: Disponer que las partes asuman los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal arbitral y de la Secretaría Arbitral.

Cuyo resumen es el siguiente:

N°	Descripción	Laudo
1	Disconformidad por Ampliación N° 04	73 dc / sin GG
2	Disconformidad por Ampliación N° 05	123 dc /sin GG
3	Disconformidad por Ampliación N° 06	474 dc/ 276 con GG
4	Disconformidad por Ampliación N° 07	43 dc /sin GG
5	Mayor Costo por Plan de Seguridad	Infundado
6	Mayor Costo por Pintura de Alcantarillas	Improcedente
7	Mayor Costo por concepto de Mejoramientos	Fundada
8	Mayor Costo por Concreto de Alcantarillas Venados	Infundado
9	Por Descuentos y Penalidades	Infundado
10	Mayores costos por Campamento y Derecho de Cantera	Infundado

134. Provías Nacional también manifestó que el respectivo Tribunal Arbitral declaró consentido el laudo, de fecha 2 agosto de 2012, a través de la Resolución N° 14, de fecha 3 de octubre de 2012, por lo que dicho arbitraje habría concluido, resolviéndose, por unanimidad, lo siguiente:

- *Primero:* Declarar Infundada la primera pretensión de Compañía Verdú SA.
- *Segundo:* Declarar Infundada la segunda pretensión principal de Compañía Verdú SA.
- *Tercero:* Declarar Fundada -en parte- la tercera pretensión principal de Compañía Verdú SA y, en consecuencia, si bien corresponde declarar que el plazo contractual es único y que las ampliaciones de plazo afectan el plazo total de la obra, ello no implica desconocer que la ejecución de las partidas de cada tramo pueden implicar tiempos de ejecución distintos.
- *Cuarto:* Declarar Infundada la cuarta pretensión principal de Compañía Verdú SA.
- *Quinto:* [...] Que Verdú asuma el integro de los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos.

135. De otro lado, la Entidad manifestó que con Carta N° 033-2011-SA/OB, recibida el 28 de noviembre de 2011, el Contratista habría presentado el expediente con los informes de metrados y ensayos, dichos documentos habría sido remitido al Supervisor con Carta N° 1824-2011-MTC/20.5, del 29 de noviembre de 2011.

136. Por su parte, mediante Carta N° 1196-2011/CSE 2-P393, recibida el 14 de diciembre de 2011, el Supervisor habría presentado el Informe de Revisión de la Liquidación del Contratista, donde concluiría que existen errores de fondo y

de concepto, además omisiones en los diferentes items, razón por la que solicitaron que el Contratista corrija los errores señalados y respalde técnica y legalmente sus reclamos.

137. Provías Nacional, en relación con la Primera Pretensión, manifestó que el expediente adjunto a la demanda habría contenido páginas que no están numeradas en forma correlativa, en muchos casos las copias de las hojas habrían estado deterioradas, transmitiendo información incompleta y/o ilegible; debido al tamaño de la impresión habrían resultado igualmente ilegible los metrados, en muchos casos incompletos.

138. Agregó el Demandado que existirían las siguientes observaciones a lo expresado por la parte demandante:

- (i) luego de definir los metrados y la fecha que fueron ejecutados, se realizaría la valorización correspondiente y la aplicación de los reintegros (debiendo considerar, además, los Calendarios de Obra), sin embargo, dado el laudo emitido el 2 de diciembre de 2011, se habría determinado que el plazo contractual terminaría en febrero de 2013, razón por la cual se pagaría con los metrados en la fecha de ejecución sin restricción.
- (ii) Las fórmulas polinómicas empleadas no serían del expediente, no obstante ser de conocimiento de las partes que éstas no se deberían reformular.
- (iii) Existirían errores al trasladar los valores de los índices unificados como: el 13 y el 30, que distorsionarían el valor de los reintegros y de las deducciones de reintegros.
- (iv) El Contrato de Obra indica la forma de pago de las valorizaciones obra y los metrados realmente ejecutados serán reconocidos siempre y cuando sean presentados por el Contratista en el Cuaderno de Obra, y que debiendo ser verificados conjuntamente por el Supervisor, dado la diferencia en los metrados presentados, se entendería que no aplicó en obra tal cláusula.



- (v) El Contrato no contemplaría la reformulación de las fórmulas polinómicas. En la Liquidación de Obra, la Entidad consideraría el empleo de los factores "F" Compensación Por Tiempo de Servicio, y el factor "V" Compensación Vacacional.

139. En resumen, la Entidad sostuvo que lo afirmado por Verdú no habría estado debidamente acreditado, al no contar con respaldo técnico y al no observar las fórmulas previstas en el Contrato.

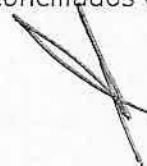
140. En relación con la Segunda Pretensión, Provías Nacional mencionó que debe recordarse que con Carta N° 1171-2011/CSE 2-P393, recibida el 5 de agosto de 2011, el Supervisor habría presentado los Metrados Finales de Obra y los Planos de Post Construcción, cuyos metrados son los mismos con los cuales habría elaborado la Liquidación del Contrato de Obra, y suscritos por el Residente, indicando en el sello de la postfirma: *"Cantidades no definidas sujetas a resultado de Arbitraje"*.

141. Asimismo, que el Contratista reclamaría el pago de Metrados de Cierre, cuyo término no existiría como tal en los documentos contractuales, siendo, además, que en las Valorizaciones Recalculadas, el Contratista debía tener en cuenta cláusulas contractuales tales como la 15 y la 19, que prevén, los ajustes en el costo, así como la forma en la que debían pagarse las valorizaciones mensuales, respectivamente.

142. La Entidad señaló que en los metrados solicitados a ser reconocidos incluirían, para el tramo 2 no asfaltado, la partida de "Riego de Liga", que habríasido considerada como Deductivo Vinculante del Presupuesto Adicional N° 2, en la Resolución Directoral N° 482-2010-MTC/20.

143. De otro lado, para Provías Nacional debe considerarse lo siguiente:

- (i) No se habría incluye la planilla de metrados ejecutados, ni el mes en que fueron realizados, ni el sustento de Metrados, los que deberían llevar la firma del Supervisor en señal de conformidad.
- (ii) El recálculo de las Valorizaciones de la Obra, deberían elaborarse sobre la base de los metrados realmente ejecutados y conciliados entre



el Contratista y el Supervisor, teniendo en cuenta los metrados aprobados en los Presupuestos Adicionales y Deductivos de Obra.

- (iii) Una vez conciliados los metrados de la medición con el Supervisor, éstos debían estar debidamente firmados por los representantes del Contratista y del Supervisor, se elaborará la liquidación de obra, determinando el Costo de Obra, y tome en cuenta las penalidades. La Entidad en todo momento habría aplicado la práctica de la buena ingeniería, tramitando el pago de partidas realmente ejecutadas, tal como se apreciaría en los casos que reclama el Contratista.

144. Éstos y otros cuestionamientos relacionados con los Mayores Costos por Mejoramiento y la forma de cálculo del Metrado de Transporte -según la Entidad- serían determinantes para que el Tribunal Arbitral declare infundada la Segunda Pretensión.

145. En relación con la Tercera Pretensión, Provías Nacional manifestó que debe recordarse que las pretensiones reclamadas por el Contratista formarían parte de la Liquidación de Obra practicada por éste y que, como tal, no se puede disgregar a fin de que pague por partes, siendo que, en caso proceda, se entregará tal parte el saldo de la liquidación.

146. Asimismo, el Demandado señaló que se ha tenido en consideración la Cláusula 18 del Contrato, a efectos de liquidación. Sin embargo, el Contratista manifestó que las deducciones por aplicación de penalidades injustificadas, que habrían sido impuestas sin contar con base contractual. Asimismo, la Entidad manifestó que esta aplicación de penalidades al Contratista estaría en correspondencia con lo determinado en la documentación contractual, específicamente en la cláusula 13.3 Penalidades de las Condiciones Especiales del Contrato de Obra y su aplicación al incumplimiento, según los conceptos anotados; no por su mayor o menor esfuerzo subjetivo en la ejecución de la Obra.

147. Finalmente, Provías Nacional observó que la Resolución N° 25 el Tribunal declaró consentido el laudo del llamado Arbitraje N°2, emitido el 2 de diciembre de 2012, el cual declaró infundada la Novena Pretensión, referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalidades. Por tal razón, el reclamo presentado por Verdú sobre Deducciones Injustificadas debería ser





considerado Cosa Juzgada, al estar inmerso en la referida pretensión del Arbitraje N° 2.

148. En relación con la Cuarta Pretensión, Provías Nacional mencionó que, al igual que lo relacionado con la Tercera Pretensión, las penalidades fueron determinadas de conformidad con el Contrato.
149. Así, mediante Informe N° 503-2010-MTC/20.3, del 6 de agosto de 2010, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, manifestó, entre otros: *"...el contrato debe ejecutarse según el sistema de contratación de precios unitarios, de acuerdo a lo que el postor señale en la Lista de Precios[...] en ese sentido, dado el incumplimiento del contratista no procede valorizar los gastos generales correspondientes a los precitados profesionales [...] si durante la ejecución real de la obra no se han ejecutado gastos generales variables, éstos no pueden pagarse en consideración de la aplicación del sistema de precios unitarios dispuesto en el numeral 14.2 de la Parte I, Sección I, Instrucciones a los Oferentes de las Bases Administrativas de la Licitación Pública Internacional N° 001-2009-MTC/20 y lo contenido en el Listado de Cantidades y Precios de la propuesta del contratista".*
150. Entre otros, se sancionó al Contratista por falta de mantenimiento de tránsito y por falta de equipo mínimo ofertado para la Obra. Sin embargo, la Entidad también dedujo Excepción de Cosa Juzgada contra esta pretensión, aludiendo que las materias de penalidades fueron debidamente resueltas por un anterior tribunal arbitral.
151. En relación con la Quinta Pretensión, Provías Nacional manifestó que según Verdú los mayores costos financieros reclamados se deberían a una supuesta retención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, reclamando la suma de S/. 74,498.65 y considerando un tiempo de vigencia adicional de dos (2) años, vigencia que no sería real, pues dicho contratista no habría tenido en cuenta la Cláusula del Contrato "Devolución de Garantía". Para la Entidad, entonces, existiría la obligación por parte del Contratista de mantener vigente la referida garantía.
152. Asimismo, manifestó que en el reclamo por intereses, el Contratista consideró intereses por la suma de S/. 5,215.73 por las Valorizaciones 1, de diciembre de 2009; 2, de enero de 2010; 10, de septiembre de 2010; 13, de diciembre

de 2010; 14, de enero de 2011; 15, de febrero de 2011; y 22, de julio de 2011; sin embargo, no habría tomado en cuenta que para el pago de una valorización se debe cumplir lo expresado en la Cláusula 26 del Contrato, el cual establece que *"no se pagarán valorizaciones si la póliza de seguro no se encuentra vigente"*.

153. Finalmente, para el Demandado, el Contratista no habría demostrado que para el trámite de pago de las valorizaciones reclamadas haya cumplido con lo indicado en las cláusulas contractuales 19 y 20, siendo, además, que los montos que consideró para el cálculo de intereses no corresponderían a las valorizaciones pagadas en su oportunidad.
154. En relación con la Sexta Pretensión, Provías Nacional manifestó que el Demandante reclamó, además, mayores costos por repintado de la vía, lo cual ascendería a S/. 112,675.32, siendo por el tramo Asfaltado una longitud de 3,005.22m<sup>2</sup>, y No Asfaltado 2,422.30m<sup>2</sup>., con un costo de metro cuadrado de S/. 20.76 (incluidos los costos indirectos), que totalizan la suma de S/. 112,675.32, argumentando un procedimiento de verificación y un parámetro de control que no estaría previsto en las Especificaciones Técnicas y que no sería contractual, formulándose observaciones a la pintura colocada por lo que habría tenido que repintar.
155. Al respecto, para dicha Entidad, el Contratista debió tener en cuenta, antes de formular su reclamo, que los trabajos mencionados habrían estado contemplados en la partida "Señalización" de las Especificaciones Técnicas del Expediente Técnico, así como de "Calidad de Materiales para el uso de Obras Viales". También anotó que, según el Acta de Observaciones suscrita el 8 agosto de 2011, donde existirían observaciones a las marcas en el pavimento y que, de acuerdo con la cláusula 25), "Acto previo a la Recepción de Obra", de las Condiciones Especiales del Contrato se indicaría en el numeral "e.": *"Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del Contratista..."*.
156. Finalmente, la Entidad dejó sentado que tales hechos se encontraría plasmados en los asientos 508, 526, 550, 593, 601, 608, 616 y 667 del Cuaderno de Obra, referidos a la señalización horizontal. Así, entonces, habría sido debido a exigencias efectuadas por la Comisión de Recepción que el Contratista tuvo que repintar la vía, cuyo costo no estuvo considerado en su

propuesta económica, tal se muestra en el Acta de Observaciones antes de la Recepción de Obra.

157. En relación con la Séptima Pretensión, Provías Nacional sostuvo que, de conformidad con lo expuesto en su contestación de demanda, al haber deducido y sustentado debidamente las excepciones respecto de diversas controversias de Verdú, atendiendo a que se habría expuesto la posición técnica y legal de Provías Nacional supuestamente desvirtuando el petitorio del Contratista, no correspondería que el Tribunal Arbitral condene a la Entidad al pago de costas y costos del proceso arbitral.
158. Asimismo, el Demandado sostuvo que la demanda arbitral carecería de todo fundamento técnico y legal, por lo cual solicitaron que el Tribunal Arbitral condene al Contratista al pago de los costos y costas que irroque el presente arbitraje.
159. En relación con la Pretensión Accesorio a las siete pretensiones principales, Provías Nacional manifestó que no se entendería el reclamo del Contratista al expresar que existiría Enriquecimiento sin Causa por parte de la Entidad, pues de las pretensiones que reclamó, quedaría demostrado que se trataría de una empresa que no tiene los conocimientos técnico - legales normados para el presente arbitraje.
160. Asimismo, atendiendo a que la presente controversia se habría argumentado en su Excepción de Incompetencia por el supuesto Enriquecimiento sin Causa, remitió sus argumentos a lo expuesto en dicho acápite de la contestación de demanda.



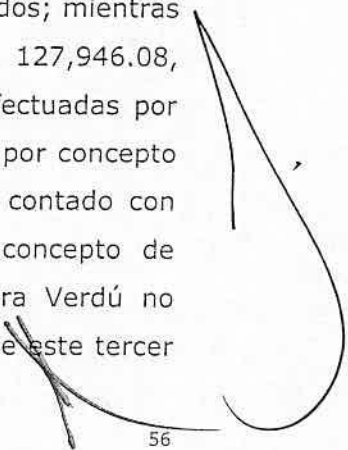
#### **III.4. LA ABSOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES**

161. Con fecha 13 de noviembre de 2012, Verdú absolvió el traslado de las excepciones deducidas por Provías Nacional en los siguientes términos:

##### **Sobre las Excepciones de Cosa Juzgada:**

162. En relación con las excepciones de Cosa Juzgada deducidas contra la Tercera y Cuarta pretensiones principales de la demanda, Verdú manifestó que lo afirmado por Provías Nacional carecería de sustento lógico y jurídico, ya que

en el presente arbitraje habrían solicitado la devolución de S/. 260,097.34 por conceptos de penalidades injustificadas y que en la Liquidación Final de Obra se retiren los conceptos de penalidades ya que éstos no corresponderían ser aplicados, según las condiciones contractualmente previstas. En cambio, en el anterior arbitraje habrían solicitado como Novena Pretensión que se declare la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por Provías contra Verdú, referida a los seguros, la supuesta falta de equipo y personal que –según afirmó– habrían constituido claros casos de abuso del derecho, en cuanto no habría incidido de manera negativa en la ejecución de la Obra y no habrían representado demora alguna en la ejecución de trabajos.

163. En relación con el primer requisito para la configuración de la Cosa Juzgada, es decir, la "identidad de persona", Verdú manifestó que, en efecto, este requisito sí se cumpliría, al encontrarse en el presente arbitraje las mismas partes que el anterior. Sin embargo, en relación con el segundo requisito, "identidad de la cosa pedida", el Contratista manifestó que en el anterior arbitraje solicitó que se declare la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por Provías Nacional, mientras que en este arbitraje solicitó la devolución de S/. 260,097.34 por conceptos de penalidades injustificadas y que se ordene a la Entidad que en la liquidación de obra se retiren todos los conceptos de penalidades, ya que estos no corresponderían ser aplicados según las condiciones contractualmente previstas, por lo que no habría identidad de materia, no cumpliéndose este requisito.
164. En relación con el requisito de "identidad de la causa", Verdú reiteró que lo que se reclamó en el anterior proceso fue la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por Provías Nacional por falta de seguros, de equipos y personal, que a diciembre de 2010 ascendían a S/. 425,607.64 y que no se encontrarían contractualmente establecidos; mientras que en el presente arbitraje sería la devolución del monto S/. 127,946.08, más IGV e intereses que correspondan por las devoluciones efectuadas por concepto de adelanto directo y la devolución de S/. 260,097.34 por concepto de supuestas penalidades injustificadas, las cuales no habrían contado con base contractual, ordenándose a la Entidad a retirar todo concepto de penalidad de la liquidación final de obra. Siendo ello así, para Verdú no existirían los mismos argumentos en ambos arbitrajes, por lo que este tercer requisito tampoco se cumpliría.
- 
- 
- 

165. Finalmente, Verdú señaló que el anterior tribunal arbitral no amparó la procedencia de la no aplicación de multas y penalidades (que incluso serían diferentes e incluso algunas habrían sido aplicadas con posterioridad), no habría sido por convencimiento de que éstas procedían, sino únicamente porque a su criterio no se habían acreditado de manera suficiente las razones para desvirtuar dicha aplicación.

**Sobre las excepciones de Incompetencia de Tribunal Arbitral:**

166. En relación con la Excepción de Incompetencia de Tribunal Arbitral deducida contra la Sexta Pretensión Principal, Verdú mencionó, de manera general, que en ninguna de sus pretensiones se habría planteado el pago de un presupuesto adicional, tal como pretendería tergiversar Provías Nacional, sino que su reclamo se estaría haciendo por metrados realmente ejecutados y en pleno cumplimiento de las especificaciones técnicas, ya que en el supuesto que -como habría propuesto la Entidad, según dijo- el repintado de la vía debió ser tratado como un presupuesto adicional, estaríamos ante una situación de pretender otorgar facultades al Comité de Recepción para ordenar adicionales de obra, situación completamente diferente de las funciones que habrían sido establecidas para dicho comité en lo previsto por el numeral 25.c de las Condiciones Especiales del Contrato.
167. En relación con la Excepción de Incompetencia de Tribunal Arbitral deducida contra la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales, Verdú manifestó que a contrario sensu de lo expresado por Provías Nacional, para éste sí habría justificación para aplicar la figura del Enriquecimiento sin Causa. Así, afirmó que una primera razón que habría encontrado la Entidad para cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral respecto de su pretensión sería que no habrían demostrado que su supuesto enriquecimiento no tuvo justificación o no fue debidamente motivado, lo cual -según afirmó- debería ser materia de análisis del Colegiado al evaluar los aspectos de fondo.
168. Asimismo, Verdú agregó que Provías Nacional habría tenido un segundo motivo para fundamentar su excepción, el cual sería que las partes no habrían expresado su voluntad de llevar a arbitraje este tema. Para el Contratista ello no tendría fundamento, pues del texto de la cláusula arbitral se podría



concluir que el Enriquecimiento sin Causa sí podría ser materia arbitrable, en tanto podrían ser sometidas a este mecanismo todas las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del Contrato, lo cual también incluiría tal institución legal.

### **III.5. LA DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES MATERIA DEL ARBITRAJE Y LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

169. Mediante el Acta de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de enero de 2013 se dejó constancia de las siguientes actuaciones:

#### **Las excepciones:**

170. Luego del respectivo traslado y absolución de las excepciones, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 5, reservándose -en legítimo ejercicio de sus facultades- la emisión de un pronunciamiento al respecto para un momento posterior del presente arbitraje, el que, inclusive, podría ser al momento de emitir el Laudo.

171. Cabe mencionar que dicha decisión fue materia de reconsideración por Proviás Nacional, la cual fue resuelta por el Colegiado a través de la Resolución N° 8, declarándose infundada dicha solicitud, precisándose algunos aspectos de dicha decisión mediante Resolución N° 10.

#### **La conciliación:**

172. El Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo parcial o total de las posiciones entre éstas, decidió proseguir con las actuaciones arbitrales, dejando abierta la posibilidad de que puedan llegar a conciliar sus puntos de vista.

#### **Las cuestiones materia del Arbitraje:**

173. En la audiencia, el Tribunal Arbitral determinó las siguientes cuestiones materia del arbitraje:



1. Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de los reintegros por las valorizaciones mensuales de la obra objeto del contrato suscrito por ambas partes, los cuales ascenderían a S/. 1'657,138.60 (Un Millón Seiscientos Cincuenta y Siete Mil Ciento Treinta y Ocho con 60/100 Nuevos Soles), más el respectivo Impuesto General a las Ventas (IGV) y los intereses que pudieran corresponder.
  2. Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de S/. 18,016.46 (Dieciocho Mil Dieciséis con 46/100 Nuevos Soles), por concepto de la forma de medición y pago denominada "Factor F", más los intereses que pudieran corresponder
  3. Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de S/. 13,408.17 (Trece Mil Cuatrocientos Ocho con 17/100 Nuevos Soles, por concepto de la forma de medición y pago denominada "Factor V", más los intereses que pudieran corresponder.
- 
4. Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 2'707,041.55 (Dos Millones Setecientos Siete Mil Cuarenta y Uno con 55/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV, así como los intereses, estimados en S/. 81,865.06 (Ochenta y Un Mil Ochocientos Sesenta y Cinco con 06/100 Nuevos Soles) más el respectivo IGV, por los metrados que realmente habrían sido ejecutados por ésta, conforme con lo que se habría establecido en las especificaciones técnicas del expediente de contratación, lo que habría sido precisado por el Proyectista y lo que habría sido ordenado por el Laudo de Derecho de fecha 2 de diciembre de 2011.
  5. Determinar si corresponde que Provías Nacional devuelva a Compañía Verdú el monto ascendente a S/. 127,946.08 (Ciento Veintisiete Mil Novecientos Cuarenta y Seis con 08/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses que pudieran corresponder por las deducciones efectuadas por concepto de Adelanto Directo.



6. Determinar si corresponde que Provías Nacional devuelva a Compañía Verdú el monto ascendente a S/. 260,097.34 (Doscientos Sesenta Mil Noventa y Siete con 34/100 Nuevos Soles), por concepto de penalidades injustificadas, las mismas que habrían sido aplicadas sin contar con base contractual para tal acción.
  7. Determinar si corresponde que Provías Nacional suprima de la Liquidación Final de Obra todos los conceptos de penalidades, en tanto éstos no corresponderían ser aplicados según las condiciones contractualmente previstas.
  8. Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 74,498.65 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho con 65/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos financieros en los que habría incurrido ésta por la retención de la carta fianza de fiel cumplimiento, monto que sería actualizado a la fecha en que la entidad disponga la devolución de la fianza de fiel cumplimiento.
- 
9. Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 112,675.32 (Ciento Doce Mil Seiscientos Setenta y Cinco con 32/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos por repintado de la vía en los que habría incurrido ésta.
  10. Determinar a quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.
  11. Determinar, de ser el caso, si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 6'150,975.37 (Seis Millones Ciento Cincuenta Mil Novecientos Setenta y Cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses correspondientes, por concepto de enriquecimiento sin causa.

**La admisión de medios probatorios:**



174. Asimismo, se admitieron los medios probatorios presentados por ambas partes con la demanda y la contestación de la demanda.

175. También fueron incorporados los medios probatorios que con posterioridad a la celebración de la Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios se presentaron y fueron objeto de conocimiento y/o traslado.

### **III.7. LOS ALEGATOS**

176. Mediante Resolución N° 11, el Tribunal Arbitral invitó a las partes para que dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles formularan sus alegaciones finales por escrito y, de considerarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

177. Transcurrido el plazo otorgado mediante la referida resolución, ambas partes presentaron sus alegatos por escrito, solicitando, asimismo, el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

### **III.8. LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

178. Habiendo solicitado ambas partes el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral las citó para tales efectos mediante Resolución N° 12, la cual fue reprogramada mediante Resolución N° 13 para el 11 de marzo de 2013, en donde las partes tuvieron oportunidad y tiempo suficientes para exponer oralmente sus alegaciones, declarando expresamente éstas que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.

### **III.9. EL PERITAJE DE OFICIO**

179. Mediante Resolución N° 23, producto de los argumentos esgrimidos por las partes en la Audiencia de Informes Orales, así como los diversos escritos y correspondientes traslados a cada una de ellas desde tal oportunidad, el Tribunal Arbitral estimó conveniente la actuación de un peritaje de oficio, determinando las reglas para la actuación del tal prueba y encargando la labor al ingeniero Luis Vásquez de Rivero en la referida decisión.

180. Aceptado el encargo por parte del ingeniero Luis Vásquez de Rivero y declarado el inicio de sus labores a través de la Resolución N° 25, a solicitud de dicho profesional y mediante Resolución N° 27 se dejó sin efecto tal término, requiriendo a las partes información relevante para la emisión del dictamen pericial.
181. Absuelto el requerimiento efectuado a ambas partes, brindada la conformidad del perito respecto de la documentación brindada por éstas, a través de la Resolución N° 36 se declaró el plazo del peritaje de oficio.
182. Presentado el dictamen pericial y cancelados (por parte de Verdú) los honorarios del ingeniero Luis Vásquez de Rivero, mediante Resolución N° 38, el Tribunal Arbitral citó a dicho profesional y a las partes a Audiencia de Sustentación de Peritaje, reprogramando tal diligencia, a solicitud de Provías Nacional, a través de la Resolución N° 39.
183. De otro lado, a través de la Resolución N° 41 se puso en conocimiento del ingeniero Luis Vásquez de Rivero las observaciones realizadas por Provías Nacional al dictamen pericial, para cuya absolución se requirió a dicha Entidad, mediante Resolución N° 43, para que remitan documentación relevante según el perito de oficio.
184. Otorgado el plazo para tales efectos y absueltas las observaciones por parte del perito de oficio a través del respectivo informe, a través de la Resolución N° 48, se puso en conocimiento de ambas partes dicho instrumento.
185. Expresado por las partes lo conveniente a su derecho, mediante Resolución N° 49 se citó a las partes a una Audiencia Complementaria de Sustentación de Peritaje, la cual fue reprogramada, a solicitud de Provías Nacional y a través de la Resolución N° 52.
186. Como conclusión de dicha diligencia, en virtud de los escritos presentados por las partes demandada y demandante con fechas 22 de agosto y 12 de septiembre de 2014, respectivamente, puestos en conocimiento del perito de oficio mediante oficios N° 009-2014/SA-TA/CV-PN y N° 010-2014/SA-TA/CV-PN, el Tribunal Arbitral solicitó a dicho profesional que se concilien las cifras (metrados y montos) provenientes de las partidas sobre las cuales las partes



coinciden y que son expresamente señaladas en tales escritos, así como cualquier otro comentario técnico que estime oportuno realizar.

187. Mediante Resolución N° 55 se tuvo por absuelto, por parte del ingeniero Luis Vásquez de Rivero, el requerimiento que se le efectuó en la Audiencia Complementaria de Sustentación de Peritaje, poniéndose en conocimiento de ambas partes dicho informe, el cual fue objeto de comentario por éstas, dándose, así, por concluido el trámite del peritaje de oficio a través de la Resolución N° 60.

### **III.10. LOS ALEGATOS COMPLEMENTARIOS**

188. Concluido todos los procedimientos que informaron la actuación del peritaje de oficio, mediante Resolución N° 61 el Tribunal Arbitral invitó a las partes para que dentro de un plazo de diez (10) días hábiles formularan sus alegaciones finales por escrito.
189. Transcurrido el plazo otorgado mediante la referida resolución, ambas partes presentaron sus alegatos por escrito, solicitando, además, el uso de la palabra en audiencia.

### **III.11. LA AUDIENCIA COMPLEMENTARIA DE INFORMES ORALES**

190. Habiendo solicitado ambas partes el uso de la palabra en audiencia, el Tribunal Arbitral estimó oportuno la celebración de una Audiencia Complementaria de Informes Orales, citándolas para tales efectos mediante Resolución N° 63.
191. Citada para el día 19 de marzo de 2015, ambas partes asistieron a la Audiencia Complementaria de Informes Orales; sin embargo, los representantes de Provías Nacional informaron que por motivos de fuerza mayor, el personal que había asistido a dicha diligencia debía retirarse para asistir a otras audiencias previamente citadas, razón por la cual solicitaron la reprogramación de ésta.
192. Con la opinión favorable de Verdú, el Tribunal Arbitral decidió reprogramar la diligencia, por única vez, para el día 1 de abril de 2015, fecha en la cual se

celebró, finalmente, la Audiencia Complementaria de Informes Orales, en donde las partes tuvieron oportunidad y tiempo suficientes para exponer oralmente sus alegaciones finales, declarando expresa y nuevamente que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.

### III.12. PLAZO PARA LAUDAR

193. Mediante Resolución N° 64, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
194. A través de la Resolución N° 65 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, los cuales se empezarían a computar a partir del vencimiento del término original, con lo cual el plazo ampliado concluye el **30 de junio de 2015**<sup>18</sup>.

## IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

### IV.1. CUESTIONES PRELIMINARES

195. Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:
- a. El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
  - b. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
  - c. Ni Verdú ni Provías Nacional impugnaron o reclamaron contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral.

<sup>18</sup> Plazo que no perjudica aquel con el que cuenta la Secretaría Arbitral Ad Hoc para notificar la presente decisión, es decir, cinco (5) días hábiles de emita, según el segundo párrafo del numeral 35 del Acta de Instalación de Tribunal Arbitral del 22 de agosto de 2012.

- d. Verdú presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, Provías Nacional fue debidamente emplazado con dicha demanda, ejerciendo plenamente su derecho de defensa, contestándola y deduciendo excepciones contra algunas de las pretensiones contenidas en aquella.
- e. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar las pruebas que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- f. La designación del perito de oficio se efectuó sobre la base de criterios técnicos y en virtud del Acta de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de enero de 2013.
- g. Tanto Verdú como Provías Nacional tuvieron traslados y absoluciones, plazos iniciales y prorrogados, audiencias programadas y reprogramadas, es decir, oportunidades suficientes para ejercer su derecho de defensa en relación con el peritaje de oficio.
- h. Tal como se previó en el acta de la Audiencia de Informes Orales y la Audiencia Complementaria de Informes Orales, ambas partes declararon que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.
- i. El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.

#### **IV.2. DESARROLLO DE LAS CUESTIONES MATERIA DEL ARBITRAJE**

**Cuestión previa N° 1.- las excepciones de Cosa Juzgada contra las pretensiones principales Tercera y Cuarta:**

196. Mediante escrito presentado con fecha 18 de octubre de 2012, además de contestar la demanda formulada por Verdú, Provías Nacional dedujo excepciones de Cosa Juzgada contra la Tercera y Cuarta pretensiones, alegando que el Contratista habría solicitado un anterior arbitraje que

concluyó con el Laudo de derecho de fecha 2 de diciembre de 2011, emitido por un tribunal arbitral distinto del que conoce la presente controversia.

197. De manera preliminar, debe señalarse que la Excepción de Cosa Juzgada busca evitar –por política jurisdiccional– que las partes reiteren sus pretensiones tantas veces lo deseen, pues "[s]i fuera posible reabrir el debate indefinidamente se originaría un estado de zozobra y las sentencias no alcanzarían a brindar la seguridad del derecho reconocido ni éste podría ser utilizado en la vida social como un bien inatacable"<sup>19</sup>.

198. Para la Entidad, la Novena Pretensión de la demanda de Verdú sobre la cual se pronunció el Laudo del 2 de diciembre de 2011 incidiría en lo pretendido por tal parte en el presente caso. De dicha pretensión se elaboró el siguiente punto controvertido en aquella oportunidad:

*"Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por la Entidad contra el Contratista por la falta de seguros, la falta de equipos y personal que, a diciembre de 2010, ascenderían a S/. 425,607.64 y que no se encontrarían contractualmente establecidos"*(el subrayado y el resaltado son nuestros).

199. Asimismo, la Entidad mencionó que en el referido Laudo, el colegiado habría decidido declarar infundada la Novena Pretensión Principal, referente a la nulidad e inaplicabilidad de descuentos y penalidades –tal como, en efecto, se acredita del extremo resolutivo de la mencionada decisión–, con lo cual el Contratista, en este arbitraje, pretendería que este Colegiado se pronuncie respecto de los deductivos y penalidades que impuso la Entidad, solicitando, además, que éstos no sean incorporados a la Liquidación del Contrato.

200. Que, por su parte, Verdú aseguró que se trataría de dos cuestiones distintas, abarcándose, de un lado, la nulidad y/o inaplicabilidad de descuentos y penalidades dispuestos por la Entidad, y que no se habrían encontrado contractualmente justificados, mientras que, de otro lado, se trataría de la devolución de montos de adelanto directo y penalidades injustificadas, las cuales habrían sido aplicadas sin base contractual.

<sup>19</sup>DE SANTO, Víctor. Las Excepciones Procesales. Buenos Aires: Universidad, 2008, págs. 105 y 106.

201. Dicho lo anterior, para que, en efecto, existan motivos para amparar una Excepción de Cosa Juzgada, tendrían que confluir tres (3) identidades: de persona, de objeto y de causa. En relación con el primer requisito, en efecto, es fácil corroborar que respecto del arbitraje que tuvo como resultado el Laudo del 2 de diciembre de 2011, existe identidad de partes: de un lado, Verdú; del otro, Provías Nacional. En relación con el tercer requisito, puede apreciarse que existe el mismo fundamento de derecho para solicitar la reivindicación de las sumas impuestas como penalidades, lo cual se traduce en el argumento del Demandante respecto de que no habría base contractual para la imposición de penalidades, invocando la misma razón y el mismo derecho, amparado en el Contrato. En relación con el segundo requisito, puede observarse que el objeto sobre el cual recayó en aquel entonces y sobre el cual recae en este arbitraje la demanda de Verdú es el mismo: penalidades (y las consecuencias económicas de su sanción), que es justamente el objetivo al cual apuntan las pretensiones tercera y cuarta.
202. Sobre este último concepto, debe tenerse en consideración que tanto en el anterior arbitraje como en el presente, Verdú sostuvo -con diferente construcción formal, pero con similar sustancia- que en la ejecución de la obra se habría aplicado descuentos y penalidades por su actuación y que éstas no habrían tenido base contractual. En tal sentido, amparar la discusión y resolución (decisión) sobre un aspecto respecto del cual ya se pronunció otro tribunal arbitral (es decir, sobre las penalidades) podría producir efectos sobre la firmeza del pasado Laudo (en parte de éste o en su totalidad), cuya intangibilidad debería estar asegurada en todo Estado de Derecho, máxime si nos encontramos ante un mecanismo de solución de controversias - típicamente- de instancia única.
203. Por las razones expuestas, este Colegiado considera que las excepciones de Cosa Juzgada deducidas por Provías Nacional contra las pretensiones tercera y cuarta de la demanda de Verdú deben ser declaradas fundadas.

Cuestión previa N° 2.- las excepciones de Incompetencia del Tribunal Arbitral contra la Sexta Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales:



204. Mediante escrito presentado con fecha 18 de octubre de 2012, además de contestar la demanda formulada por Verdú, Provías Nacional dedujo excepciones de Incompetencia del Tribunal Arbitral contra la Sexta Pretensión Principal y la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales, alegando que éstas no podrían ser materia de pronunciamiento de fondo de este Colegiado en virtud ser asuntos no arbitrables y sobre los cuales las partes no prestaron consentimiento para ser resueltas, respectivamente.

205. De manera preliminar, debe señalarse que la Excepción de Incompetencia de Tribunal Arbitral está –sobre todo en el caso peruano– ligada a la institución de la jurisdicción. Así, la competencia se constituye como la "...*aptitud del juez* [el Árbitro o el Tribunal Arbitral, en este caso] *para ejercer jurisdicción en un caso en concreto...*"<sup>20</sup>, siendo esta aptitud o facultad una suerte de requisito *sine qua non* de la decisión de fondo que se emita<sup>21</sup>.

206. En virtud de lo anterior, los árbitros cuentan con uno de los más esenciales principios del Derecho Arbitral: el principio *Kompetenz – Kompetenz*, que se encuentra claramente reconocido por el numeral 1. del artículo 41° del DLA:

*"1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones y objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia".*

207. En este orden de ideas, el principio *Kompetenz – Kompetenz*, tal como refiere PARK<sup>22</sup>:

*"Como mínimo [...] significa que los árbitros deciden sobre su propia autoridad sin detener el procedimiento cuando emerge un cuestionamiento sobre jurisdicción".*

208. Preciado lo anterior, en relación con la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral deducida contra la Sexta Pretensión Principal de la demanda

<sup>20</sup>Idem, pág. 45.

<sup>21</sup>GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Barcelona: Labor, 1936, pág. 531.

<sup>22</sup> Traducción libre del Tribunal Arbitral. PARK, William. "Arbitral jurisdiction in the United States: Who decides what?". En: International Arbitration Law Review, N° 33, 2008, pág. 37: "...At a minimum, the term means that arbitrators may rule on their own authority without having to stop the proceedings when a jurisdictional question arises [...] The arbitral tribunal [...] need not halt its work just because one side questions its authority..."

de Verdú, Provías Nacional manifestó que Verdú pretendería someter a decisión del Tribunal Arbitral adicionales de obra, los cuales, según agregó se encuentran regulados en el artículo 41º de la LCE el cual precisa que *"La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República"*.

209. De lo anterior, la Entidad aseguró que el legislador habría optado por que los adicionales de obra no sean materias arbitrables, por tanto tal materia está vedada para ser conocida en la vía arbitral; de lo cual se podría advertir, además, que la pretensión de Verdú conllevaría un pronunciamiento sobre una materia no arbitrable, según la LCE, porque es inherente a las facultades *ius imperium* del Estado, consistente en la potestad administrativa de autorizar previamente la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

210. Provías Nacional concluyó que, al encontrarnos ante un supuesto que ha sido prohibido por el propio legislador de ser visto en vía arbitral, el Tribunal Arbitral debe declarar fundada su Excepción de Incompetencia por adicionales de obra.

211. Por su parte, Verdú mencionó, de manera general, que en ninguna de sus pretensiones se habría planteado el pago de un presupuesto adicional, tal como pretendería tergiversar Provías Nacional, sino que su reclamo se estaría haciendo por metros realmente ejecutados y en pleno cumplimiento de las especificaciones técnicas, ya que en el supuesto que -como habría propuesto la Entidad, según dijo- el repintado de la vía debió ser tratado como un presupuesto adicional, estaríamos ante una situación de pretender otorgar facultades al Comité de Recepción para ordenar adicionales de obra, situación completamente diferente de las funciones que habrían sido establecidas para dicho comité en lo previsto por el numeral 25.c de las Condiciones Especiales del Contrato.

212. Al respecto, y de manera preliminar, este Colegiado anota que, en materia de contratación pública, el artículo 41º de la LCE establece:

*"Artículo 41º.-La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.*

*Asimismo podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.*

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

213. Por su parte, el artículo 174º del Reglamento establece taxativamente la siguiente regulación en torno a la probable ocurrencia de prestaciones adicionales y/o reducciones en el ámbito de la ejecución de un contrato celebrado con una Entidad del Estado:

*"Artículo 174º.- Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de éstos se determinará por acuerdo entre las partes.*

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

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

214. De las normas antes glosadas se desprende que es la propia Entidad, la cual, de forma discrecional, podría disponer la ejecución de prestaciones

adicionales, siempre y cuando no superen el 25% de su monto en caso de bienes y servicios y del 15% en caso de ejecución de obras.

215. Sin embargo, de los argumentos desplegados por las partes –en vía de excepción– no existe evidencia de que nos encontremos frente a un caso de adicionales de obra; es decir, que los trabajos que Verdú afirmó que habría realizado y cuya remuneración pretende a través del presente arbitraje, encajen en los supuestos de adicionales previstos por la Ley y su Reglamento; ello sobre la base del análisis preliminar de la materia de fondo que se realiza en esta estación del arbitraje, siendo que ésta deberá ser evaluada en conjunto (tales como que las labores de repintado habría sido solicitado por la propia entidad, entre otros asuntos) cuando se examine la Sexta Pretensión Principal.
216. Por las razones expuestas, este Colegiado considera que la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por Provías Nacional contra la Sexta Pretensión Principal de la demanda de Verdú debe ser declarada improcedente.
217. En relación con la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por Provías Nacional contra la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales de la demanda, la Entidad señaló que ninguna de las partes habría declarado su voluntad expresa de someter el Enriquecimiento sin Causa al fuero arbitral, siendo que tampoco tendría facultades para someter dicha materia al arbitraje, debido a que artículo 187° del RLCE, establecería de manera expresa cuáles son las controversias arbitrables surgidas de la ejecución de un contrato público, regulación en la que no se incluiría la figura antes referida, pues, legislativamente, sería una fuente de obligaciones distinta, independiente y autónoma del contrato.
218. De otro lado, Verdú sostuvo que sí habría justificación para aplicar la figura del Enriquecimiento sin Causa. Así, afirmó que una primera razón que habría encontrado la Entidad para cuestionar la competencia del Tribunal Arbitral respecto de su pretensión sería que no habrían demostrado que su supuesto enriquecimiento no tuvo justificación o no fue debidamente motivado, lo cual –según afirmó– debería ser materia de análisis del Colegiado al evaluar los aspectos de fondo.



219. Asimismo, Verdú agregó que el Enriquecimiento sin Causa sí podría ser materia arbitrable, en tanto podrían ser sometidas a este mecanismo todas las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del Contrato, lo cual también incluiría tal institución legal.
220. Al respecto, es necesario precisar que a la luz de la cláusula arbitral y de lo argüido por las partes, este Colegiado considera que los aspectos que invocó Verdú como sustento de su pretensión sobre Enriquecimiento sin Causa (Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales) se han suscitado con ocasión de la ejecución del Contrato; por ello, el convenio arbitral contenido en éste lo habilita para conocer de la pretensión demandada, **por lo que corresponde declarar infundada la Excepción de Incompetencia propuesta por la Entidad.**
221. Finalmente, al tratarse de una excepción deducida contra una pretensión subordinada a las siete pretensiones principales contenidas en la demanda, es decir, *"que queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada"*<sup>23</sup>, este Colegiado estima oportuno pronunciarse detalladamente al respecto, una vez revisada la referida pretensión y todas aquéllas, principales, a las cuales está sujeta.

#### **Las Cuestiones Materia del Arbitraje:**

222. En la "Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios", el Colegiado procedió a determinar los asuntos que serían materia de su pronunciamiento, tomando cada una de las pretensiones planteadas.
223. Al respecto, el Tribunal Arbitral, en congruencia con lo expresado en tal audiencia y en pleno ejercicio de sus facultades, deja expresa constancia de que procederá a pronunciarse respecto de estas cuestiones en la forma y el orden que estime conveniente para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias sometidas a su conocimiento.

<sup>23</sup> Artículo 87° del Código Procesal Civil, según modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1070.



**Normativa Aplicable:**

224. Previamente a dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera importante señalar que el Contrato materia de la presente controversia constituye una de las modalidades especiales (como lo es cuando un organismo internacional otorga financiamiento, en el presente caso, el Banco Interamericano de Desarrollo - BID) en que las entidades públicas y los privados establecen relaciones jurídico-patrimoniales, la cual está sometida a lo regulado, fundamentalmente, por el Contrato, así como por la LCE, el RLCE y la legislación peruana, en general.

**La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado**

225. No está definida de manera clara en la normativa de contrataciones del Estado la naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos regulados por esta Ley. Sin embargo, podría afirmarse que en la intervención de las entidades con los particulares en este tipo de contratos existe una interrelación de actos con naturaleza administrativa y de connotación civil. Para estos efectos, podemos mencionar la adjudicación de la buena pro, como un acto administrativo, y la suscripción del contrato, como un acto de naturaleza civil, por ejemplo.

226. En ese sentido, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos que no son exclusivos del ejercicio del *ius imperium* sino que también son manifestaciones que pueden emitirse en el marco de la relación con particulares producto de negocios jurídicos de carácter privado, como ocurre en los contratos regulados por la LCE.

227. Por lo tanto, las actuaciones de las entidades estatales no deben circunscribirse a competencia exclusiva del derecho administrativo y a facultades exorbitantes del Estado, sino a características mixtas (Derecho público y privado) que, por su naturaleza, no dejan de ser actos contractuales y que deben ser aplicables para la solución de controversias teniendo en cuenta los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil sin desvirtuar la naturaleza de cada uno de sus actos, considerando en el presente caso, además, el fundamental rol del Contrato, promovido por el Banco Interamericano de Desarrollo - BID.

**Breve marco teórico:**

228. De manera liminar, es oportuno señalar que en el presente caso nos encontramos ante un contrato con prestaciones recíprocas. Un contrato de tal naturaleza es aquél en cual existen partes que son acreedoras y deudoras a la vez, es decir, acreedoras y deudoras una respecto de la otra; ello con total independencia de la cantidad de prestaciones que cada una estuviera obligada respecto de su contraparte.

229. En tal contexto, tal como sostiene RAMELA<sup>24</sup>, se genera:

*"...un nexo especial -que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas-..."*

230. Es por la existencia de ese nexo que cada parte está obligada al cumplimiento y satisfacción de las prestaciones que ambas -de mutuo y libre acuerdo- se comprometieron, a través de la celebración de un negocio jurídico, en honrar.

231. En resumen y en palabras de GARRIDO y ZAGO<sup>25</sup>, podemos concluir, entonces, que es:

*"...en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas".*

232. El contrato con prestaciones recíprocas que suscribieron las partes fue un Contrato de Obra, el cual -de manera complementaria y en el marco del presente caso- se encuentra regulado en el Título III, "De las Contrataciones", del LCE, así como en el Título III, "Ejecución Contractual", del RLCE.

233. En palabras de PODETTI<sup>26</sup>, en el marco del Derecho de la Construcción<sup>27</sup>, habrá Contrato de Obra cuando:

<sup>24</sup> RAMELA, Anteo E., Resolución por Incumplimiento. Buenos Aires: Astrea, 1975, pág. 144.

<sup>25</sup> GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I, Buenos Aires: Universidad, 1989, pág. 66.

<sup>26</sup> PODETTI, Humberto. Contrato de Construcción. Buenos Aires: Astrea, 2004, pág. 52.

*"...una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra, el comitente, a través de la organización de medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida".*

234. En síntesis, podríamos afirmar que el Contrato de Obra es aquel por el cual el Contratista se compromete a realizar un trabajo (obra) en un determinado plazo, según los alcances establecidos por el Comitente, a cambio de un precio pactado y pagado por este último.
235. Enmarcado conceptualmente el Contrato, es oportuno señalar que las partes identificaron cada una de sus obligaciones en las cláusulas contenidas en dicho acto jurídico, así como en las Bases y las Especificaciones Técnicas, partes integrantes de aquél.
236. En el presente caso, las partes pactaron que Verdú ejecutaría la obra llamada "Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Sullana – El Alamor del Eje Vial N° 2 de Interconexión Vial Perú – Ecuador", según las especificaciones técnicas establecidas en las Bases. Al mismo tiempo, el Provías Nacional pagaría una suma de dinero al Contratista, a manera de contraprestación.
237. Para la prestación del servicio contratado, Verdú tenía que ejecutar la Obra de conformidad con lo pactado en el Contrato, teniendo especial consideración en el cumplimiento de los plazos con los cuales contaba para tales efectos.
238. Al respecto, ha quedado acreditado con las pruebas aportadas por la parte demandante que, en efecto, a ésta le fue otorgada la buena pro; así también que, como consecuencia de lo anterior, ambas partes suscribieron el contrato que da origen al presente arbitraje, contando este con los requisitos de validez para el despliegue de sus efectos.

<sup>27</sup> Cabe precisar que en el trabajo citado, Podetti circunscribe el concepto de –lo que nosotros conocemos como– "Contrato de Obra" al Derecho de la Construcción, llamándolo "Contrato de Construcción".

239. Asimismo, ha quedado acreditado que ambas partes delimitaron sus prestaciones en el marco del Contrato y los Documentos Contractuales, según su propia nomenclatura. Entre otras obligaciones, la Contratista se comprometió a ejecutar la Obra de conformidad con el objeto del Contrato, establecido en las Condiciones Generales y Especiales de dicho instrumento, en el plazo previsto para tales efectos en la Cláusula 5 de las Condiciones Especiales.

**IV.2.1 Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de los reintegros por las valorizaciones mensuales de la obra objeto del contrato suscrito por ambas partes, los cuales ascenderían a S/. 1'657,138.60 (Un Millón Seiscientos Cincuenta y Siete Mil Ciento Treinta y Ocho con 60/100 Nuevos Soles), más el respectivo Impuesto General a las Ventas (IGV) y los intereses que pudieran corresponder.**

**IV.2.2 Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de S/. 18,016.46 (Dieciocho Mil Dieciséis con 46/100 Nuevos Soles), por concepto de la forma de medición y pago denominada "Factor F", más los intereses que pudieran corresponder.**

**IV.2.3 Determinar si corresponde que Provías Nacional cumpla con el pago de S/. 13,408.17 (Trece Mil Cuatrocientos Ocho con 17/100 Nuevos Soles, por concepto de la forma de medición y pago denominada "Factor V", más los intereses que pudieran corresponder.**

240. El Tribunal Arbitral, en congruencia con lo expresado en la audiencia en la que se determinaron las cuestiones materia de su pronunciamiento y en pleno ejercicio de sus facultades, procederá a pronunciarse respecto de estas cuestiones en la forma y el orden que estima conveniente para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias sometidas a su conocimiento, por lo que siendo parte de la Primera Pretensión Principal de Verdú, analizará, conjuntamente, los puntos controvertidos antes referidos.

241. En cuanto a los reintegros por las valorizaciones de obra, el Tribunal Arbitral considera que luego de calculados por el Peritaje de Oficio los metrados realmente ejecutados<sup>28</sup>, la determinación de los valores pendientes debe

<sup>28</sup> Véase: análisis sobre el Cuarto Punto Controvertido, referido a la Segunda Pretensión de la Demanda de Verdú.

realizarse de conformidad con la fórmula polinómica acordada entre las partes, dado que se trata de una cuestión emitentemente técnica, sobre la cual la opinión pericial resulta concluyente y categórica.

242. Al respecto, puede apreciarse en el expediente del presente caso que existen diversas comunicaciones referidas al cálculo del reintegro de las valorizaciones, de las cuales se verifica que no ha habido mayor discrepancia en los datos referidos a las valorizaciones del Contrato Principal, los adicionales de obra y reajustes<sup>29</sup>, pues la fórmula polinómica sobre la cual se han hecho los cálculos corresponde a la que ha sido utilizada por la Entidad, a través de la Supervisión de obra, y el Contratista.

243. Expresado lo anterior, utilizando la fórmula polinómica antes referida, el cálculo correspondiente a los Tramos Asfaltado y No asfaltado sería el siguiente:

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO	MONTO PAGADO	SALDO
Contrato Principal	1,394,318.48	799,354.92	594,963.56
Adicionales 1 al 9	-566,786.58	-672,604.27	105,817.69
Por Valorización de cierre	198,525.80	0.00	198,525.80
<b>Total</b>	<b>S/. 1,026,057.70</b>	<b>S/. 126,750.65</b>	<b>S/. 899,307.05</b>

244. Asimismo, en relación con el monto del valor por el reajuste que no correspondería por el otorgamiento del adelanto directo también existe correspondencia entre la Entidad (a través de la Supervisión de obra) y el Contratista.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, el Perito de Oficio, a través de sus comentarios técnicos, presentados con fecha 20 de octubre de 2014, sobre los escritos presentados por Verdú y Provías Nacional, en los cuales éstos reconocen coincidir en determinados puntos de discrepancia (partidas con metrados observados) respecto del Informe Complementario de dicho profesional, concluye: "Asimismo, del cálculo de mayores metrados, se observa que no existe mayores reclamados por [el] contratista de las partidas adicionales [porque] los adicionales fueron debidamente acordados en sus metrados y montos oportunamente por las partes".



245. De acuerdo con lo expuesto, el cálculo que corresponde a la deducción del reajuste que no correspondería por el otorgamiento del Adelanto Directo sería el siguiente:

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO	MONTO PAGADO	SALDO
DEDUCCIONES			
ADELANTO DIRECTO	S/. 444,223.58	S/. 579,508.50	S/. 135,284.92
<b>Total</b>			<b>S/. 135,284.92</b>

246. En relación con el cálculo del factor "F" y del factor "V", el Tribunal Arbitral considera que siendo elementos derivados de obligaciones legales resulta procedente exigir su pago. Sin embargo, en atención a la naturaleza de tal cálculo, este Colegiado estima oportuno que la valorización final se realice en la oportunidad en la que se liquide el Contrato.

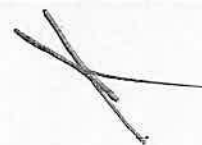
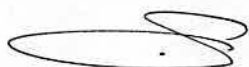
247. De otro lado, en relación con los intereses demandados, que Verdú estimó en la suma de S/. 81,865.06, más IGV, corresponde determinar si se han devengado intereses y, de ser así, a qué tasa y desde cuándo se computan éstos.

248. Al respecto, artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio, cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

249. Por otro lado, el artículo 1245° del Código Civil señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la respectiva tasa, el deudor debe abonar el interés legal; disposición que es complementada por el artículo 1246°, que añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar, por causa de mora, el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

250. En este orden de ideas, en el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios y no frente a aquéllos de tipo compensatorio. En tal sentido, debiendo aplicarse intereses moratorios de acuerdo con la normativa glosada, corresponde reconocer el interés legal.

251. Para efectos de determinar la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devengan los intereses moratorios, debe tenerse en consideración lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual "[e]n las obligaciones de dar sumas de dinero, cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda...".
252. En virtud de que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o tribunal arbitral, los intereses se devengarían desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda. Así, cuando artículo 1334° del Código Civil se refiere a la "citación con la demanda", se refiere, en realidad, al momento desde el cual una de las partes toma conocimiento que la otra le requiere, judicial o arbitralmente, el cumplimiento de su obligación. El propósito de esta disposición es que, por tratarse de una suma no líquida -quedebería ser determinada por el juzgador-, es necesario que la mora exista desde que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante.
253. En el caso de los procesos judiciales, la situación antes descrita ocurriría con la citación con la demanda, pero en el caso de los procesos arbitrales esta situación ocurre, análogamente, cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje; es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje.
254. En consecuencia, este Colegiado considera que en virtud del análisis previamente realizado, en efecto, corresponde que Provías Nacional reconozca y pague intereses legales a Verdú, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.
255. En virtud de lo anterior, corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a favor de Verdú la suma de S/. 1'034.591.97, a la cual deberá agregarse el respectivo IGV, por concepto de reconocimiento de reintegros por las valorizaciones de obra, así como los intereses legales respectivos, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje; precisándose que,



por su naturaleza, la valorización final del cálculo de los factores "F" y  
"V" se realicen en la oportunidad en la que se liquide el Contrato.

IV.2.4 Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 2'707,041.55 (Dos Millones Setecientos Siete Mil Cuarenta y Uno con 55/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV, así como los intereses, estimados en S/. 81,865.06 (Ochenta y Un Mil Ochocientos Sesenta y Cinco con 06/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV, por los metrados que realmente habrían sido ejecutados por ésta, conforme con lo que se habría establecido en las especificaciones técnicas del expediente de contratación, lo que habría sido precisado por el Proyectista y lo que habría sido ordenado por el Laudo de Derecho de fecha 2 de diciembre de 2011.

256. La siguiente cuestión materia de pronunciamiento de este Colegiado, como se acredita de autos, fue objeto de un peritaje de oficio, al tratarse de un asunto fáctico y técnico que requería de la asistencia de un profesional de ingeniería con las suficientes credenciales para dicha labor.

257. En efecto, tal como señala REDFERN<sup>30</sup>:

*"...Cuando surgen controversias de carácter técnico o especializado, los tribunales arbitrales suelen necesitar la colaboración de peritos para arribar a una conclusión, a fin de obtener toda la información técnica que pueda guiarlo a la búsqueda de la verdad..."*

258. En relación con las tareas a desarrollar por determinado experto técnico, éstas pueden versar sobre distintas materias, siendo las más comunes las de establecer una adecuada cuantificación de un monto, la verificación de la ocurrencia de cierto hecho y la ratificación de la aplicación de determinado criterio interpretativo técnico<sup>31</sup>.

259. Como consta en el expediente, mediante Resolución N° 23, producto de los argumentos esgrimidos por las partes en la Audiencia de Informes Orales, así como en los diversos escritos y correspondientes traslados a cada una de ellas desde tal oportunidad, el Tribunal Arbitral estimó conveniente la actuación de

<sup>30</sup>REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTSIDES. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, 4ta ed. Buenos Aires: La Ley, 2007, pág. 441.

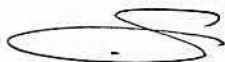
<sup>31</sup> Véase: ZAPATA ORÉ, Gracy y Billy FRANCO ARIAS. "La preocupación por la neutralidad de los peritos arbitrales". En: Panorama Actual del Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra, 2010, pág. 143.

un peritaje de oficio, determinando las reglas para la actuación de tal prueba y encargando dicha labor al ingeniero Luis Vásquez de Rivero.

260. Como se sostuvo en la referida decisión, la designación del perito de oficio se efectuó sobre la base de criterios técnicos y en virtud delo señalado en el Acta de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de enero de 2013, priorizando los conocimientos y amplia experiencia con la que tal experto cuenta, cuya designación, finalmente, no fue objetada por ninguna de las partes.

261. Con fecha 26 de febrero de 2014, el ingeniero Luis Vásquez de Rivero presentó su dictamen pericial, cuyos aspectos más resaltantes *-grosso modo-* se resumen de la siguiente manera:

- Se dejó constancia expresa de la documentación presentada por cada parte, sobre la base de la cual el perito de oficio efectuó su dictamen.
- En relación con las consideraciones para el cálculo, el perito de oficio mencionó que se efectuaron los metrados de los trabajos ejecutados, sobre la base de los Planos de Posconstrucción -documentos que fueron conocidos por ambas partes-, así como la demás documentación técnica pertinente, que fue debidamente escrutada por el perito de oficio a través del software especializado.
- Los cálculos efectuados correspondían a consideraciones de orden técnico, no incluyendo consideraciones propias de carácter legal, tal como se requería en el ejercicio de sus funciones.
- El cálculo del dictamen pericial tuvo en consideración, además, lo decidido en el Laudo de fecha 2 de diciembre de 2011, en lo que correspondía.
- La valorización de los metrados totales ejecutados ascendió a S/. 56'914,160.14, más IGV (tramos asfaltado y no asfaltado), mientras que la de los mayores metrados ejecutados ascendió a S/. 2'164,867.94, más IGV (tramos asfaltado y no asfaltado).



- Las partidas de mejoramientos no habrían variado en cuanto a metrados respecto de los calculados por el Supervisor; sólo habrían variado los precios según lo indicado en el Laudo de fecha 2 de diciembre de 2011, expedido en el arbitraje seguido entre las mismas partes y que consta en el expediente.

262. Cabe mencionar que, celebrada la Audiencia de Sustentación de Peritaje con fecha 28 de abril de 2014, se otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que, de ser el caso, formulen observaciones al dictamen pericial del ingeniero Luis Vásquez de Rivero. Así, hasta en dos (2) oportunidades, Provías Nacional ejerció tal derecho mediante sus escritos presentados con fechas 6 y 9 de mayo de 2014. Fue a través de la Resolución N° 41 que las observaciones se pusieron en conocimiento de dicho profesional para que proceda a absolverlas.

263. Como consecuencia de la solicitud efectuada por el perito de oficio, ambas partes aportaron documentación relevante para la absolución de las observaciones efectuadas por Provías Nacional al dictamen pericial, instrumentos que fueron objeto de conformidad por el referido profesional, de lo cual se dejó constancia mediante Resolución N° 47.

264. Con fecha 31 de julio de 2014, el ingeniero Luis Vásquez de Rivero presentó su Informe Complementario sobre las Observaciones formuladas a su dictamen pericial (en adelante, el ICO), cuyos aspectos más resaltantes -a grosso modo- se resumen de la siguiente manera:

- El perito de oficio dejó constancia que antes de la elaboración de su dictamen solicitó hasta en tres (3) oportunidades diversos documentos a las partes, haciendo una lista de la data que cada una de ellas aportó (dentro de la cual estaban contenidos el resumen de metrados ejecutados, incluyendo adicionales y deductivos, aprobados por la supervisión para los dos tramos).
- El perito de oficio señaló que se requirió, a través del Tribunal Arbitral, documentos referidos a los supuestos mayores metrados, precisando que para hacer un comparativo (es decir, la resta o sustracción en los cálculos) se requería la data del total ejecutado y



los metrados aprobados por la Entidad, siendo el caso que –según refirió– Provías Nacional nunca le hizo llegar dicha información técnica o planilla de los metrados finales aprobados, lo cual sólo ocurrió cuando dicho profesional planteó como cuestión previa para absolver las observaciones a su dictamen, que el Demandado proporcione esa información, siendo finalmente remitida, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 44.

- El documento presentado por el perito de oficio contiene dos partes: una suerte de nuevo dictamen (como consecuencia de lo referido en el punto anterior) y la absolución de las observaciones formuladas por Provías Nacional.
- Los cálculos efectuados correspondían a consideraciones de orden técnico, no incluyendo consideraciones propias de carácter legal, tal como se requería en el ejercicio de sus funciones.
- El cálculo en este ICO tuvo en consideración la información requerida a las partes y aportada por éstas, la cual incluyó los Planos Posconstrucción debidamente aprobados por la Supervisión, que representaron los trabajos realmente ejecutados. Además, lo decidido en el Laudo de fecha 2 de diciembre de 2011, en lo que correspondía.
- Luego de explicar detalladamente la metodología para el respectivo cálculo de los metrados en este informe complementario de absolución de observaciones<sup>32</sup>, el perito concluyó que la valorización de los mayores metrados ejecutados ascendió a S/. 1'868,326.45, más IGV; es decir, S/. 2'204,625.21, incluido IGV.
- En virtud de la nueva y/o adicional información aportada por las partes –a solicitud del perito de oficio como consecuencia de las observaciones formuladas por Provías Nacional–, el dictamen anterior era reemplazado por el actual (parte "A" del ICO), en el que se incluyeron todas las partidas adicionales y deductivos aprobados.

<sup>32</sup> Véase: página 8 del informe complementario de absolución de observaciones al dictamen pericial, presentado con fecha 31 de julio de 2014.

- Todas las partidas de todos los adicionales y deductivos aprobados por la entidad sí fueron considerados -como consecuencia de la nueva y/o adicional información aportada por las partes- en el nuevo dictamen, con lo cual no tienen actual sustento las observaciones.
- Al realizar los cálculos del presente ICO se tuvieron en cuenta los metrados finales aprobados y suscritos por el Supervisor de la Entidad, por lo cual no tienen actual sustento las observaciones.

265. Cabe mencionar que, puesto en conocimiento de las partes el ICO y otorgado el plazo correspondiente (a través de la Resolución N° 48), tanto Provías Nacional como Verdú -éste último, teniendo en consideración lo manifestado por la Entidad sobre el particular- expresaron lo conveniente a su derecho, mediante sus escritos presentados con fechas 22 de agosto de 2014 y 12 de septiembre de 2014, respectivamente.

266. Citada y reprogramada (a solicitud de Provías Nacional), mediante resoluciones N° 49 y N° 52, respectivamente, con fecha 13 de octubre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia Complementaria de Sustentación de Peritaje, con la participación del ingeniero Luis Vásquez de Rivero y ambas partes. Como consecuencia de lo discutido en tal diligencia, el Tribunal Arbitral dispuso lo siguiente:

*"En virtud de los escritos presentados por las partes demandada y demandante con fechas 22 de agosto y 12 de septiembre de 2014, respectivamente, puestos en conocimiento del Perito de Oficio mediante oficios N° 009-2014/SA-TA/CV-PN y N° 010-2014/SA-TA/CV-PN, el Tribunal Arbitral solicitó a dicho profesional que se concilien las cifras (metrados y montos) provenientes de las partidas sobre las cuales las partes coinciden y que son expresamente señaladas en tales escritos, así como cualquier otro comentario técnico que estime oportuno realizar, otorgándole para tales efectos un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente de celebrada la presente audiencia".*

267. Producto de lo decidido por el Tribunal Arbitral, con fecha 20 de octubre de 2014, el ingeniero Luis Vásquez de Rivero formuló sus comentarios técnicos



(en adelante, los CT) sobre los escritos presentados por Verdú y Provías Nacional, en los cuales éstos reconocen coincidir en determinados puntos de discrepancia (partidas con metrados observados) respecto del ICO del perito de oficio. Así, el ingeniero Luis Vásquez de Rivero, luego de detallar los documentos a los cuales recurrió para emitir sus dictámenes inicial y complementario, así como explicar su metodología, se expresó en los siguientes términos:

"Siendo que ambas partes están de acuerdo en las partidas con metrados observados que corresponden al Supervisor, considero como conclusión [...] dos alternativas:

*Primera alternativa.- Lo definido como mayores metrados calculados en el dictamen pericial de 31/julio/2014, con monto de Mayores Metrados de S/. 2'204,625.21, inc. IGV, dictamen en el cual me ratifico y el cual no incluye la Valoración pendiente hasta llegar a los metrados aceptados por la entidad, quedando supeditada [...] al análisis jurídico del Tribunal.*

*Segunda alternativa.- Estando ambas partes de acuerdo en los metrados observados, efectuó el cálculo sin que signifique corregir ni modificar mi dictamen del 31/julio/2014. Se adjunta hojas de cálculo, indicando que la partida 05.08, el contratista consignó un metrado errado, lo cual corrige en las presentes hojas. Presento esta segunda alternativa, con la que no estoy de acuerdo, por las consideraciones anteriores, ratificándome en mi dictamen de 31/julio/2014. El monto de Mayores Metrados es S/. 2'441,304.53, incl. IGV, monto que ya incluiría [el] monto o saldo por valorizar respecto de metrados aceptados por [la] Entidad. Se adjunta hojas de cálculo (4) [...] que se presenta en razón de estar de acuerdo la empresa contratista con los metrados del Supervisor observados por la Entidad" (el subrayado y el resaltado son nuestros).*

268. Al respecto, como puede constatarse de lo antes reseñado, así como del propio expediente, el presente arbitraje contó con un complejo y extenso procedimiento de actuación del peritaje de oficio -cuya duración se extendió

desde julio de 2013, cuando se designó al perito, hasta enero de 2015, cuando se declaró concluido el trámite de tal prueba-, a través del cual este Colegiado ha garantizado que ambas partes tengan oportunidades suficientes de desplegar sus mecanismos de argumentación para el pleno y libre ejercicio de su derecho de defensa.

269. Asimismo, puede constatarse que el perito de oficio tomó en cuenta todos los documentos presentados por las partes, requiriendo, a través del Tribunal Arbitral, aquellos que estimó relevantes para la elaboración de su dictamen pericial, el ICO y sus CT, absolviendo todas las observaciones y/o comentarios formulados por ambas partes y asistiendo a sustentar su labor técnica hasta en dos (2) audiencias.
270. En relación con la labor técnica del ingeniero Luis Vásquez de Rivero, este Colegiado considera que ésta fue prolija, cubriendo toda la información brindada por ambas partes y elaborando un análisis fáctico y técnico riguroso. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral se encuentra de acuerdo con la ratificación que dicho profesional realizó de su dictamen (complementario) emitido con fecha 31 de julio de 2014, por haber escrutado cuidadosamente la copiosa información (la inicial y la posteriormente) aportada por las partes, el cual tuvo como cálculo final la suma ascendente a S/. 2'204,625.21, incluido IGV. Sin embargo, el Tribunal Arbitral, en virtud de sus facultades<sup>33</sup> y la manifiesta coincidencia de Verdú y Provías Nacional sobre determinados puntos de discrepancia (partidas con metrados observados que corresponden al Supervisor) respecto del ICO del perito de oficio, acoge tal volitiva manifestación de las partes, precisando que **el monto final de la valorización de los mayores metrados determinado por dicho profesional asciende a S/. 2'441,304.53, incluido IGV (S/. 2'068,902.15, sin incluir IGV)**, cálculo efectuado por el propio perito de oficio -previando lo antes referido-, tal como consta en las conclusiones glosadas de sus CT.

<sup>33</sup>Al respecto, ZAPATA ORÉ y FRANCO ARIAS sostienen: "El perito [...] no cumple una labor de juzgador en estricto, en la medida que no dirime la controversia, dado que el criterio que expresa en su dictamen es -como ya se dijo- sólo una opinión, que puede o no ser acogida por el tribunal arbitral. Éste será quien juzgará realmente al decidir la controversia con carácter obligatorio y definitivo; competencia que, por lo demás, es indelegable...". ZAPATA ORÉ, Gracy y Billy FRANCO ARIAS. "La preocupación...". Op. Cit., págs. 154 y 155.

271. Sin perjuicio de lo anterior, de la Segunda Pretensión Principal de la Demanda se aprecia que Verdú aspira al reconocimiento y pago de S/. 2'707,041.55, por la totalidad de metrados que realmente habrían sido ejecutados por tal contratista, es decir, los montos valorizados y/o adeudados, los cuales -según las pruebas aportadas por ambas partes- comprenderían:

- a) Presupuesto Principal.
- b) Presupuestos de Adicionales (del N° 1 al N° 9).
- c) Saldos de Metrados determinados en el Peritaje de Oficio.

272. En relación con el Presupuesto Principal, este Colegiado verifica que ambas partes coinciden en su existencia, es decir, la existencia del monto del Contrato Principal que aún permanece pendiente de pago por parte de Provías Nacional a Verdú. Según lo afirmado por el Contratista, este ítem del metrado final de la Obra ascendería a S/. 1'454,025.97, mientras que para la Entidad, a través de su Supervisión, alcanzaría la suma de S/. 1'353,801.36. Al respecto, el Tribunal Arbitral no tiene convicción de que el monto alegado por Verdú corresponda a un cálculo realizado en concordancia con los hechos y el marco legal del Contrato. A contrario sensu, sí estima oportuno considerar la suma calculada por la Entidad y que ésta ha acreditado en diversas pruebas que obran en el expediente del presente caso; a saber: en el llamado "Resumen de Liquidación Financiera", remitido a Verdú por el Gerente de la Unidad Gerencial de Obras de Provías Nacional, a través de la Carta N° 1819-2011-MTC/20.5, de fecha 28 de noviembre de 2011; el "Cuadro de Metrados Ejecutados", adjunto al escrito presentado por Provías Nacional con fecha 20 de marzo de 2013 (el cual fue sustento de su presentación en la Audiencia de Informes Orales); así como el ítem "Montos Valorizados" del cuadro previsto en el Informe N° 003-2012-MTC/20.5-GBDA, emitido por la Administradora del Contrato para el Gerente de la Unidad Gerencial de Obras, también adjunto al referido escrito de la Entidad.

273. En relación con los Presupuestos de Adicionales (del N° 1 al N° 9), estos también se encuentran debidamente identificados por la Entidad en los documentos antes descritos; por lo que, el Tribunal Arbitral se remite a ellos.

274. En relación con los Saldos de Metrados determinados en el Peritaje de Oficio, éstos también ya han sido debidamente determinados por dicho profesional,





mereciendo un pronunciamiento al respecto por parte de este Colegiado en líneas precedentes.

275. Expresado lo anterior, a manera de conclusión, pronunciándose sobre la pretensión formulada por Verdú, este Colegiado considera que para determinar el monto final de los Metrados que realmente ha ejecutado Verdú se deben consolidar los tres (3) items antes descritos:

CONCEPTO	
Presupuesto Principal	S/. 1'353,801.36
Presupuesto de Adicionales (del N° 1 al N° 9)	—S/. 759,105.05
SalDOS de Metrados determinados en el Peritaje de Oficio	S/. 2'068,902.15
<b>Total</b>	<b>S/. 2'663,598.46<sup>34</sup></b>

276. En este orden de ideas, el monto de la Valorización Final de los Metrados que realmente ha ejecutado Verdú y que Provías Nacional deberá reconocer a tal contratista asciende a S/. 2'663,598.46, sin incluir IGV.

277. De otro lado, en relación con los intereses demandados, que Verdú estimó en la suma de S/. 81,865.06, más IGV, corresponde determinar si se han devengado intereses y, de ser así, a qué tasa y desde cuándo se computan éstos.

278. Al respecto, artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio, cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

279. Por otro lado, el artículo 1245° del Código Civil señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la respectiva tasa, el deudor debe abonar el

<sup>34</sup>Monto sin IGV.

interés legal; disposición que es complementada por el artículo 1246°, que añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar, por causa de mora, el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

280. En este orden de ideas, en el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios y no frente a aquéllos de tipo compensatorio. En tal sentido, debiendo aplicarse intereses moratorios de acuerdo con la normativa glosada, corresponde reconocer el interés legal.
281. Para efectos de determinar la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devenguen los intereses moratorios, debe tenerse en consideración lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual "[e]n las obligaciones de dar sumas de dinero, cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda...".
282. En virtud de que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o tribunal arbitral, los intereses se devengarían desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda. Así, cuando artículo 1334° del Código Civil se refiere a la "citación con la demanda", se refiere, en realidad, al momento desde el cual una de las partes toma conocimiento que la otra le requiere, judicial o arbitralmente, el cumplimiento de su obligación. El propósito de esta disposición es que, por tratarse de una suma no líquida -quedebería ser determinada por el juzgador-, es necesario que la mora exista desde que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante.
283. En el caso de los procesos judiciales, la situación antes descrita ocurriría con la citación con la demanda, pero en el caso de los procesos arbitrales esta situación ocurre, análogamente, cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje; es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje
284. En consecuencia, este Colegiado considera que en virtud del análisis previamente realizado, en efecto, corresponde que Provías Nacional reconozca



y pague intereses legales a Verdú, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.

285. En virtud de lo anterior, corresponde declarar fundada, en parte, la Segunda Pretensión de la demanda formulada por Verdú, ordenándose a Provías Nacional que pague a tal parte la suma de S/. 2'663,598.46, a la cual deberá incluirse el respectivo IGV, por concepto de Valorización Final de Metrados Realmente Ejecutados, así como los intereses legales respectivos, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.

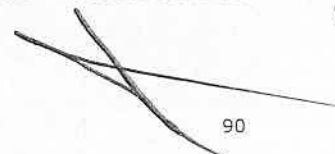
IV.2.5 Determinar si corresponde que Provías Nacional devuelva a Compañía Verdú el monto ascendente a S/. 127,946.08 (Ciento Veintisiete Mil Novecientos Cuarenta y Seis con 08/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses que pudieran corresponder por las deducciones efectuadas por concepto de Adelanto Directo.

IV.2.6 Determinar si corresponde que Provías Nacional devuelva a Compañía Verdú el monto ascendente a S/. 260,097.34 (Doscientos Sesenta Mil Noventa y Siete con 34/100 Nuevos Soles), por concepto de penalidades injustificadas, las mismas que habrían sido aplicadas sin contar con base contractual para tal acción.

286. El Tribunal Arbitral, en congruencia con lo expresado en la audiencia en la que se determinaron las cuestiones materia de su pronunciamiento y en pleno ejercicio de sus facultades, procederá a pronunciarse respecto de estas cuestiones en la forma y el orden que estima conveniente para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias sometidas a su conocimiento; por lo que, siendo parte de la Tercera Pretensión Principal de Verdú, analizará, conjuntamente, los puntos controvertidos antes referidos

287. Al haber sido el contenido de estas cuestiones objeto de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por Provías Nacional contra la Tercera Pretensión Principal y en virtud de que ésta fue declarada fundada, carece de objeto emitir un pronunciamiento de fondo respecto de dicha pretensión.

IV.2.7 Determinar si corresponde que Provías Nacional suprima de la Liquidación Final de Obra todos los conceptos de penalidades, en tanto éstos no corresponderían ser aplicados según las condiciones contractualmente previstas.



288. De manera similar que en el anterior acápite, al haber sido el contenido de esta cuestión objeto de la Excepción de Cosa Juzgada deducida por Provías Nacional contra la Cuarta Pretensión Principal y en virtud de que ésta fue declarada fundada, carece de objeto emitir un pronunciamiento de fondo respecto de dicha pretensión.

**IV.2.8 Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 74,498.65 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho con 65/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos financieros en los que habría incurrido ésta por la retención de la carta fianza de fiel cumplimiento, monto que sería actualizado a la fecha en que la entidad disponga la devolución de la fianza de fiel cumplimiento.**

289. En relación con la presente cuestión, Verdú solicitó, a través de la Quinta Pretensión Principal de su demanda, que se le reconozca y pague por concepto de los mayores costos financieros en los que habría incurrido por la retención de la carta fianza de fiel cumplimiento. Así, Verdú manifestó que tales mayores costos se habrían originado como consecuencia de la no aprobación por parte de la Entidad de los reclamos efectuados, en su oportunidad, así como una supuesta necesidad de recurrir a un arbitraje por causas que no le serían atribuibles al Contratista. Asimismo, que habría contribuido a ese gasto la disposición dada por Provías Nacional de retener la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

290. Por su parte, la Entidad sostuvo que, según el Contrato, Provías Nacional no puede devolver la Garantía de Fiel Cumplimiento en tanto no haya sido consentida la liquidación, siendo que de tal disposición se desprenden otras tales como aquélla que impiden que se paguen valorizaciones si la póliza de seguro no se encuentra vigente.

291. Al respecto, como es conocido, una "garantía" es un mecanismo jurídico que persigue asegurar y proteger determinado bien o condición de un eventual riesgo o necesidad. Así, la llamada "garantía de fiel cumplimiento" o (en el marco del Contrato), "garantía de cumplimiento" persigue asegurar y proteger que el constructor cumpla con su obligación frente al dueño de la obra (función disuasiva) o cubrir el perjuicio que ante ese eventual incumplimiento dañe al comitente (función reparatoria).



292. En la Cláusula 4.2, "Garantía de Cumplimiento", de las Condiciones Generales del Contrato se establece lo siguiente:

*"El Contratista obtendrá (a su costo) una Garantía de Cumplimiento por el monto y monedas estipulados en los Datos del Contrato.*

[...]

*El Contratista se asegurará de que la Garantía de Cumplimiento sea válida y exigible hasta que el Contratista ejecute y termine las Obras y repare cualquier defecto".*

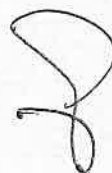
293. Por su parte, la Cláusula 24.2, "Devolución de Garantías", de las Condiciones Especiales del Contrato establece:

*"a. Para que PROVÍAS NACIONAL proceda a la devolución de garantías de fiel cumplimiento debe haber sido consentida la liquidación del contrato de obra".*

294. Es en este sentido que la LCE y su Reglamento se han pronunciado, tal como lo ilustra el artículo 158° del RLCE, que establece que "[c]omorequisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo[...] y tener vigencia hasta[...] el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras".

295. A manera de ilustración, y en relación con la vigencia de un contrato con el Estado, el artículo 149° del RLCE establece que "[e]n el caso de ejecución y consultoría de obras, el contrato rige hasta el consentimiento de la liquidación y se efectúe el pago correspondiente"; mientras que, en relación con la liquidación de un contrato de obra, el artículo 211° del mismo cuerpo normativo establece que "[n]o se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver".

296. Dicho lo anterior, de lo expresado por Verdú SA habría existido un evidente consentimiento de su contraparte respecto de la liquidación final de obra





elaborada por ellos<sup>35</sup>, mientras que para Provías Nacional<sup>36</sup> se habría observado la documentación presentada por el Contratista; razón por la cual, no podría considerarse finiquitado el procedimiento de liquidación del Contrato, manteniéndose controversias que resolver.

297. En virtud de lo anterior en tanto existen argumentos razonables para afirmar que la obligación de Verdú de mantener vigente la referida garantía subsiste, máxime si, hasta la fecha, existen actuales y patentes controversias que serán resueltas en el presente Laudo; por lo que, no corresponde que Provías Nacional reconozca y pague al Contratista el monto de S/. 74,498.65, más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos financieros por la supuesta retención de la carta fianza de fiel cumplimiento.

**IV.2.9 Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 112,675.32 (Ciento Doce Mil Seiscientos Setenta y Cinco con 32/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos por repintado de la vía en los que habría incurrido ésta.**

298. Sobre la presente pretensión, Verdú sostuvo que mediante el asiento N° 679, del 13 de junio de 2012, se habría dejado constancia de que el Supervisor, mediante Carta N° 1062-2011/CSE-2-P393, habría aprobado la calidad de las microesferas a aplicarse en la pintura de la vía. Agregó que cumplió con efectuar la señalización horizontal (pintado de la vía), conforme con las condiciones contractualmente establecidas e incluso el Supervisor, en cumplimiento de sus obligaciones, habría verificado, mediante los respectivos controles de calidad, el cumplimiento de las condiciones y parámetros contractualmente establecidos. Así, el ítem c) de la cláusula 25. Acto Previo a la Recepción de Obra, establecería lo siguiente:

*"El Comité de Recepción, junto con el Contratista procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos".*

299. El Comité de Recepción, designado por la Entidad -precisó Verdú- amparándose en un procedimiento de verificación y un parámetro de control

<sup>35</sup> Véase: Numeral 2.7. y siguientes de la demanda.

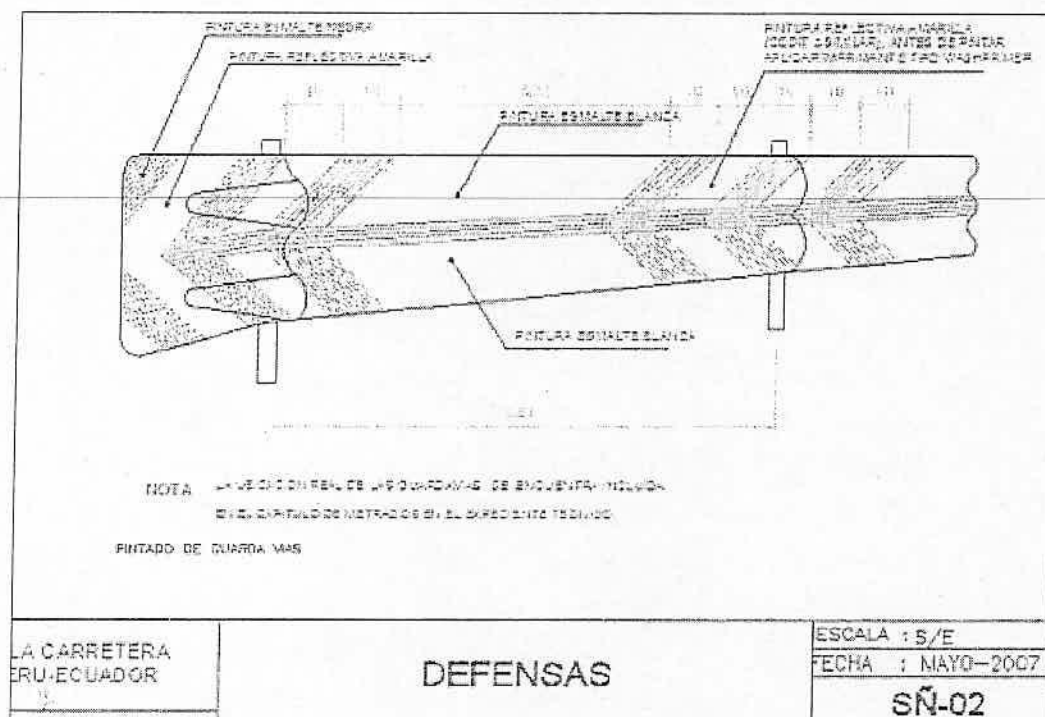
<sup>36</sup> Véase: Acápites "DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO" de la contestación de demanda.

que no estaría previsto en las Especificaciones Técnicas del Contrato, habría formulado observaciones a la pintura colocada y obligado a efectuar el repintado de 41.5 Km de señalización horizontal, lo cual habría generado mayores costos para tal parte, los cuales deberían ser reconocidos por la Entidad, cuyo monto ascendería a S/. 112,675.32, más IGV y los intereses que correspondan, razones por las cuales solicitaron que se sirva ordenar a Provías Nacional que reconozca el pago que corresponde por este concepto.

300. Por su parte, Provías Nacional mencionó que el Contratista reclamó que las guardavíasno requerían recubrimiento, siendo el cálculo del reclamo, por una longitud de 16,459.20 m. de guardavía, metro lineal de S/. 5.41 (incluidos los costos indirectos), que totalizan la suma de S/. 89,044.27. Sin embargo, según los documentos contractuales existiría preeminencia de los planos sobre las especificaciones técnicas, y para el caso no se contradicen, sino por el contrario los planos indicarían claramente cómo se debe pintar, dimensiones y colores que deben contener los guardavías, sugiere además los materiales a utilizar.
301. De otro lado, la Entidad mencionó que la Especificación Técnica precisaba: *"La guardavía no necesita ningún revestimiento adicional (pintura o anticorrosivo), salvo que lo indique el proyecto"*, y así se indicó en los planos de proyecto, razón por la cual resultaría improcedente el pedido de dicha parte.
302. El Contratista reclamaría, además, mayores costos por repintado de la vía, que ascendería a S/. 112,675.32, siendo por el tramo Asfaltado una longitud de 3,005.22m<sup>2</sup>, y No Asfaltado 2,422.30m<sup>2</sup>., a un costo por metro cuadrado de S/. 20.76 (incluidos los costos indirectos), que totalizan la suma de S/. 112,675.32. Sobre ello, el Demandado aseguró que Verdú argumentó su pedido en un procedimiento de verificación y un parámetro de control que no estarían previstos en las Especificaciones Técnicas y que no serían contractuales, formulándose observaciones a la pintura colocada; razón por la cual, en su momento, tuvo que repintar dicha vía.
303. Al respecto, el Tribunal Arbitral observa que de los argumentos esgrimidos por las partes y los documentos que obran en el expediente, Verdú no ha logrado acreditar su dicho, es decir, no ha logrado sustentar su afirmación respecto de que este tipo de trabajos sean extracontractuales, es decir, que no hayan

formado parte de las Especificaciones Técnicas de la Licitación Pública Internacional que originó el Contrato. Así, Verdú únicamente cuantificó el supuesto gasto en el que incurrió para afrontar los trabajos de mayor repintado de la vía, refiriendo que este habría sido un trabajo adicional ordenado por la Entidad, pero no sustentando cómo es que dichos trabajos se habrían convertido en una materia ajena al Contrato y a la presente controversia.

304. A contrario sensu, Provías Nacional desarrolló el perfil técnico de los trabajos que, en el marco de sus funciones, solicitó a Verdú ejecutar. Para tal Entidad, entonces, estos trabajos habrían estado debidamente definidos en los planos de la Obra, los cuales indican claramente cómo se debe pintar, dimensiones y colores que deben contener los guardavías, sugiriendo, además, los materiales a utilizar, según el siguiente gráfico:



305. Asimismo, este Colegiado estima oportuno destacar que el propio Demandante ha reconocido que, de conformidad con la Cláusula 25 del Contrato, la Entidad, a través de su Comité de Recepción, no sólo tenía la facultad de -junto con el Contratista- proceder a la verificación del fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas, así como efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos, sino también de determinar

revestimientos adicionales, excepcionalmente, lo cual se indicó en los planos de proyecto, trabajos que Verdú, finalmente, tuvo que realizar como consecuencia a las observaciones formuladas por su contraparte, en calidad de Comitente de la Obra.

306. En virtud de lo anterior, no corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Verdú el monto de S/. 112,675.32, más el respectivo IGV e intereses legales que correspondan, por concepto de mayores costos por repintado de la vía.

**IV.2.10 Determinar quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.**

307. El numeral 1. del artículo 72° del DLA dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal.

308. Al respecto, el artículo 70° del DLA:

*"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:*

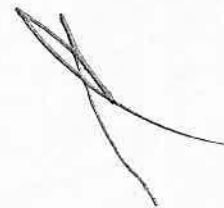
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral*
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

309. Asimismo, el numeral 1 del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratar estos costos entre las

partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

310. En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
311. En este orden de ideas, en virtud de lo sustentado y decidido en el presente Laudo, sobre la base de un criterio de equidad y en legítimo ejercicio de sus facultades, este Colegiado, considerando el resultado del arbitraje, estima que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, independientemente del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Asimismo, atendiendo al buen comportamiento arbitral de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de éstas asuma los costos del presente arbitraje. En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral Ad Hoc), así como sus propios costos, según el referido artículo 70° del DLA, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.
312. Finalmente, como consecuencia de lo anterior y teniendo en consideración que mediante Resolución N° 37 se facultó a Verdú para que sufrague la parte alícuota de los honorarios profesionales del perito de oficio, que inicialmente le correspondía asumir a Provías Nacional (según la Resolución N° 23), corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que devuelva al Demandante la suma de S/. 23,500.00, más el correspondiente Impuesto a la Renta, por dicho concepto.

IV.2.11 Determinar si corresponde que Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú el monto de S/. 6'150,975.37 (Seis Millones Ciento Cincuenta Mil Novecientos Setenta y Cinco con 37/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses correspondientes, por concepto de enriquecimiento sin causa.





313. En primer lugar, como ya se ha referido con anterioridad, la presente es una pretensión de naturaleza subordinada, es decir, *"que queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada"*<sup>37</sup>. En tal sentido, a juicio de este Colegiado, basta que una de las pretensiones principales sea concedida para que no exista necesidad y o justificación para el análisis de una pretensión subordinada a la totalidad de las pretensiones principales, lo cual ha ocurrido en el presente caso; por lo que, el Tribunal Arbitral considera que **la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales debe ser declarada improcedente.**

314. Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de efectuar un análisis adicional que agote, incluso, el análisis de cada pretensión principal respecto de la presente pretensión subordinada, el Tribunal Arbitral se pronunciará respecto de cada una de ellas.

315. En relación con el Enriquecimiento sin Causa, el artículo 1954º del Código Civil señala que "[a]quel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo", disposición que tiene fundamento en un principio de equidad, que informa el Derecho en general.

316. Dicho lo anterior, la doctrina, en su mayoría, halla espacio para el Enriquecimiento sin Causa cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) Empobrecimiento del demandante.
- (ii) Enriquecimiento del demandado.
- (iii) Vínculo de causalidad entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandado.
- (iv) Falta de una causal justificante del enriquecimiento.
- (v) Carácter residual del pedido.

317. En relación con la Primera Pretensión Principal, carece de objeto realizar cualquier análisis destinado a saber si es procedente la pretensión subordinada, en tanto la primera de éstas, a cuya desestimación estaba sujeta la segunda, ha sido declarada fundada.

<sup>37</sup> Artículo 87º del Código Procesal Civil, según modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1070.

318. En relación con la Segunda Pretensión Principal, también carece de objeto realizar cualquier análisis destinado a saber si es procedente la pretensión subordinada, en tanto la primera de éstas, a cuya desestimación estaba sujeta la segunda, ha sido declarada fundada.

319. En relación con la Tercera y Cuarta pretensiones principales (analizadas conjuntamente, según lo ya expresado por este Colegiado en acápites precedentes), al no haber sido objeto de un pronunciamiento de fondo (que implica, a su vez, que no haya sido amparada, como sí ocurrió con la Primera y Segunda pretensiones principales), corresponde analizar si ésta cumple con los requisitos concomitantes del Enriquecimiento sin Causa. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral desea resaltar el rol del requisito y/o carácter residual de dicha figura, respecto de la cual CASTILLO FREYRE -recogiendo lo que (casi) por unanimidad considera la doctrina especializada- señala lo siguiente:

*"En ese sentido, resulta conveniente aclarar que el enriquecimiento sin causa solo procede en el derecho peruano cuando no exista otro mecanismo para remediar el empobrecimiento injustificado, según lo establecido por el artículo 1955º del Código Civil".*

320. En efecto, ésta ha sido la línea de pensamiento seguida por el artículo 1955º de dicho código sustantivo, que, textualmente, establece que el Enriquecimiento sin Causa "[n]o es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

321. En este orden de ideas, a la luz de lo argumentado por las partes y lo contenido en el expediente, se aprecia que el carácter residual no se presenta en estas pretensiones, en tanto Verdú sí contó con otros mecanismos por los cuales cautelar o satisfacer la supuesta restitución del traslado patrimonial a través del cual se habría perjudicado, por ejemplo, la acción que ejerció ante el tribunal arbitral que emitió el 2 de diciembre de 2011; por lo que, sobre este extremo, la Pretensión Subordinada debe declararse improcedente.

322. En relación con la Quinta Pretensión Principal, al haber sido desestimada, corresponde analizar si ésta cumple con los requisitos concomitantes del Enriquecimiento sin Causa. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral también

desea resaltar el rol del requisito y/o carácter residual de dicha figura. Así, a la luz de lo argumentado por las partes y lo contenido en el expediente, se aprecia que el carácter residual no se presenta en esta pretensión, en tanto Verdú sí contó con otro mecanismo por el cual cautelar o satisfacer la supuesta restitución del traslado patrimonial a través del cual se habría perjudicado, el cual fue tutelado por el presente tribunal arbitral; por lo que, sobre este extremo, la Pretensión Subordinada debe declararse improcedente.

323. En relación con la Sexta Pretensión Principal, carece de objeto realizar cualquier análisis destinado a saber si es procedente la pretensión subordinada, en tanto la primera de éstas, a cuya desestimación estaba sujeta la segunda, ha sido declarada fundada.

324. En relación con la Séptima Pretensión Principal, al haber sido desestimada, corresponde analizar si ésta cumple con los requisitos concomitantes del Enriquecimiento sin Causa. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral también desea resaltar el rol del requisito y/o carácter residual de dicha figura. Así, a la luz de lo argumentado por las partes y lo contenido en el expediente, se aprecia que el carácter residual no se presenta en esta pretensión, en tanto Verdú sí contó con otro mecanismo por el cual cautelar o satisfacer la supuesta restitución del traslado patrimonial a través del cual se habría perjudicado, el cual fue tutelado por el presente tribunal arbitral, por lo que, sobre este extremo, la Pretensión Subordinada debe declararse improcedente.

## V. FALLO

El Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente, en Derecho **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLÁRESE FUNDADA** la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional contra la Tercera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012.

**SEGUNDO: DECLÁRESE FUNDADA** la Excepción de Cosa Juzgada deducida por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional contra la Cuarta Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012.

**TERCERO: DECLÁRESE INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional contra la Sexta Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012.

**CUARTO: DECLÁRESE INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional contra la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales derivadas de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012.

**QUINTO: DECLÁRESE FUNDADA, EN PARTE,** la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, **ORDÉNESE** al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional reconozca y pague a favor de ésta la suma de S/. 1'034,591.97 (Un Millón Treinta y Cuatro Mil Quinientos Noventa y Uno con 97/100 Nuevos Soles), a la cual deberá agregarse el respectivo IGV, por concepto de reconocimiento de reintegros por las valorizaciones de obra, así como los intereses legales respectivos, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje; y **PRECÍSESE** que, por su naturaleza, la valorización final del cálculo de los factores "F" y "V" se realicen en la oportunidad en la que se liquide el Contrato.

**SEXTO: DECLÁRESE FUNDADA, EN PARTE,** la Segunda Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, **ORDÉNESE** al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional reconozca y pague a favor de ésta la suma de S/. 2'663,598.46 (Dos Millones Seiscientos Sesenta y Tres Mil Quinientos Noventa y Ocho con 46/100 Nuevos Soles), a la cual deberá agregarse el respectivo IGV, por concepto de Valorización Final de Metrados Realmente Ejecutados, así como los intereses legales respectivos, los cuales deberán ser computados a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje.

**SÉPTIMO: DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO** emitir un pronunciamiento de fondo sobre la Tercera Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por

Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012, al haberse declarado fundada la Excepción de Cosa Juzgada deducida contra ella.

**OCTAVO: DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO** emitir un pronunciamiento de fondo sobre la Cuarta Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012, al haberse declarado fundada la Excepción de Cosa Juzgada deducida contra ella.

**NOVENO: DECLÁRESE INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, **DECLÁRESE** que no corresponde que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú SA el monto de S/. 74,498.65 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Noventa y Ocho con 65/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses, por concepto de mayores costos financieros en los que habría incurrido ésta por la retención de la carta fianza de fiel cumplimiento.

**DÉCIMO: DECLÁRESE INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, **DECLÁRESE** que no corresponde que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional reconozca y pague a Compañía Verdú SA el monto de S/. 112,675.32 (Ciento Doce Mil Seiscientos Setenta y Cinco con 32/100 Nuevos Soles), más el respectivo IGV e intereses legales, por concepto de mayores costos por repintado de la vía.

**DÉCIMO PRIMERO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la Séptima Pretensión Principal derivada de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, **DISPÓNGASE** que dicha parte y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional asuman, cada una de ellas y directamente, los costos arbitrales que les correspondían cancelar (50% a cargo de cada una de ellas), así como sus propios gastos en los que incurrieron por los demás conceptos expresados en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071. En consecuencia, **ORDÉNESE** al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional que devuelva a Compañía Verdú SA la suma de S/. 23,500.00 (Veintitrés Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), más el correspondiente Impuesto a la Renta, que tal parte sufragó



en su defecto (según Resolución N° 37), por concepto de su parte alícuota de los honorarios profesionales del perito de oficio, según Resolución N° 23.

**DÉCIMO SEGUNDO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE** la Pretensión Subordinada a las siete pretensiones principales derivadas de la demanda formulada por Compañía Verdú SA el 11 de septiembre de 2012.

**DÉCIMO TERCERO: REMÍTASE** un ejemplar del presente Laudo a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.-



**JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ**  
Presidente de Tribunal Arbitral



**PATRICK HURTADO TUEROS**

Árbitro



**WEYDEN GARCÍA ROJAS**

Árbitro



**GIANCARLO PERALTA MIRANDA**  
Secretario Arbitral

