

Expediente N° 274 – 44 – 12

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Consorcio Vial El Descanso Langui (en adelante, el Consorcio o el demandante)

DEMANDADO: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, Provías Nacional, La Entidad o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Horacio Cánepa Torre (Presidente)
Luis Felipe Pardo Narváez
Richard Martin Tirado

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 63

En Lima, a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil quince, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral:

Está contenido en la Cláusula Trigésimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra N° 158-2010-MTC/20, suscrito por las partes con fecha 07/10/10.

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral:

Con fecha 25/09/12 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por la doctor Horacio Cánepa Torre, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, los doctores Luis Felipe Pardo Narváez y Richard Martin

Tirado, en su calidad de árbitros; con la asistencia de las partes; donde se fijaron las reglas aplicables al presente arbitraje.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación al presente arbitraje el Reglamento de Arbitraje del CENTRO, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Asimismo, se estableció que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. Antecedentes del proceso:

3.1. De la Demanda Arbitral presentada por el Consorcio con fecha 17/10/12

3.1.1. Mediante escrito de fecha 17/10/12, EL CONSORCIO interpuso demanda en contra de Provías Nacional, señalando como pretensiones las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que PROVÍAS reconozca y pague al Consorcio la suma de S/. 2'591,508.41 (Dos Millones Quinientos Noventa y Un Mil Quinientos Ocho y 41/100 Nuevos Soles) más el IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por efecto de la distorsión en la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene a PROVÍAS al pago de los costos que el presente arbitraje nos irrogue.

3.1.2. **Como introducción de la controversia**, refiere que el Artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento) obliga a que los contratos de obra suscritos en moneda nacional incluyan una fórmula de reajuste de las valorizaciones por inflación, la cual es comúnmente denominada como "Fórmula Polinómica". El presente caso no sería la excepción ya que también incluía la referida fórmula.

Asimismo, señala que la presente controversia se habría suscitado debido a que la mencionada fórmula no reflejaría la verdadera incidencia de dos recursos muy importantes para la ejecución de la obra: el Petróleo Diesel y la Mano de Obra.

Así, refiere que contrató con el demandado bajo la premisa de que la Fórmula Polinómica reflejaría adecuadamente (i) por un lado, la utilización del Petróleo Diesel como insumo para mezcla asfáltica pero además como combustible para equipos, maquinarias y vehículos y (ii) por otro lado, la utilización de la Mano de Obra no sólo como recurso para la ejecución directa de partidas contractuales, sino también como recurso para operar maquinarias.

Sin embargo, señala que una vez iniciados los trabajos verificó que en realidad la Fórmula Polinómica únicamente incluía porcentualmente la utilización del Petróleo Diesel como insumo y no como combustible; y la Mano de Obra sólo como recurso para ejecución directa de partidas, y no como operario.

3.1.3. Respecto a las cuestiones generales del contrato, señala que con fecha 7 de octubre de 2010 se suscribió el Contrato N° 158-2010-MTC/20 para llevar adelante la Obra de Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani, Tramo: El Descanso – Langui.

Asimismo, se refiere en la medida en que se trata de un proceso de selección para contratar con el Estado, el contrato estaría conformado adicionalmente por los documentos de la Licitación Pública N° 007-2010-MTC/20; a saber las Bases de Licitación, la Absolución de Consultas y el Expediente Técnico en base al cual los postores realizan sus ofertas.

A su vez, señala que los actores principales de la obra son los siguientes:

- Por un lado, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, a través de Proviás Nacional, entidad propietaria de la obra y quien le contrató para ejecutarla. A efectos de representarla en la obra, la Entidad contrató al Consorcio Sicuani II (en adelante, la Supervisión)
- Del otro lado, el Consorcio Vial El Descanso-Langui, demandante en este proceso.

3.1.4. Respecto al carácter conmutativo y sinalagmático del contrato suscrito, refiere que esta tiene las siguientes características:

Es de prestaciones recíprocas; esto es, ambas partes han asumido obligaciones que son causa unas de las otras. De esta manera, mientras el Consorcio tiene la obligación de ejecutar la obra, la Entidad tiene la obligación de pagarle la correspondiente contraprestación.

No contempla que EL CONSORCIO cobre algún monto sin haber ejecutado obra alguna (o parte de ella) que así lo justifique, ni que deba asumir un riesgo que no le corresponde.

En tal sentido, señala que LA ENTIDAD no queda liberada de su vínculo contractual sino hasta ejecutar íntegramente su propia prestación, los cuales deben incluir también todos los costos directos incurridos durante el tiempo que demande ejecutar la obra; y al valor actual de las prestaciones pactadas a precios referidos a una fecha específica.

Respecto al precio del contrato y su pago, refiere que para que se contrate bajo el Sistema de Precios Unitarios, toda entidad previamente elabora en la etapa de Licitación, un Presupuesto Base, elaborado sobre la base del Expediente Técnico, previamente aprobado por LA ENTIDAD, y que consiste básicamente en una relación detallada de:

- Las partidas o actividades específicas que será necesario realizar para la construcción de la obra;
- La cantidad o metrado estimado que de cada una de estas partidas será necesario ejecutar en la obra;
- Los precios unitarios referenciales a una determinada fecha; y
- Un precio total pero referencial, calculado por la Entidad.

Asimismo, señala en la etapa de Licitación los diferentes postores utilizan el referido Presupuesto Base –elaborado sobre la base del Expediente Técnico original– para presentar sus ofertas, consistentes en sus propios precios unitarios para cada una de las actividades específicas o partidas que LA ENTIDAD ha considerado necesario ejecutar, ofertados todos a una fecha específica o fechas base.

Así, refiere que el monto total parcial por cada partida se obtiene multiplicando el precio unitario propuesto para dicha partida por la cantidad o metrado señalado referencialmente por LA ENTIDAD para dicha partida. Luego, se suman todos los totales parciales por cada partida conformante del presupuesto y se obtiene así un monto total que constituye el llamado costo directo total de la obra.

Por último, señala que la oferta debe contener también los costos indirectos o gastos generales que son todos los demás gastos en que se incurre para ejecutar una obra, pero que no se pueden asignar a una actividad específica y, por lo tanto, se asignan a la obra en su conjunto, tales como viáticos, alimentación, alojamiento, transporte, gastos de oficina, gastos de seguros, gastos de viaje, entre otros.

3.1.5. **Respecto al problema de la inflación y sus mecanismos correctivos**, hace mención al artículo 1234 del Código Civil, el cual contendría el Principio Nominalista, según el cual el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado.

Asimismo, señala que los mecanismos normativos de corrección del Nominalismo consisten en previsiones legislativas o reglamentarias que disponen la revalorización de los créditos, esto es, que ordenan el reajuste.

Respecto a los mecanismos de tipo convencional, refiere que ellos son diseñados y previstos de común acuerdo por las partes, con el fin de evitar las consecuencias de la aplicación del Principio Nominalista en el valor de la moneda pactada para el pago de una obligación dineraria y lograr, de esta forma, conservar el equilibrio de las prestaciones objeto del contrato respectivo. Así, por ejemplo, se tendrían a las llamadas cláusulas de la escala móvil.

En lo que respecta al ámbito de la contratación pública, señala que se han establecido mecanismos como los contenidos en el artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado y el numeral 2 del artículo 49 de su Reglamento.

Asimismo, refiere que el artículo 49 antes mencionado mostraría que en materia de contratación de obra pública en el Perú, si se pacta el pago en soles, las bases tendrán que incluir fórmulas de reajuste. Esto, debido a que entre la fecha de base prevista (necesariamente antes de la licitación) y la ejecución y finalización de la obra pueden transcurrir años. A su vez, manifiesta que las cláusulas de escala móvil no solo afrontan el problema de la inflación como tal, sino que también remedian los efectos de la devaluación del valor de los bienes, de manera que compensan al acreedor por la amortización y no únicamente por la devaluación monetaria o inflación.

De otro lado se pregunta: ¿de qué manera dialogan una cláusula de escala móvil y una fórmula polinómica? De acuerdo al numeral 2 del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, refiere que la implementación de la primera supone fundamentalmente la previsión de la segunda. La fórmula polinómica no sería sino el procedimiento técnico de aplicación de los índices que las partes han acordado tomar en consideración para ajustar el precio inicialmente pactado como revisable.

Finalmente, refiere que quien elabora las Bases (el Estado) es el que elabora la fórmula polinómica en base a la cual operará la cláusula de escala móvil; y que EL CONSORCIO únicamente podrá adherirse al

pacto de reajuste tal como fue diseñado por su contraparte. De modo que EL CONSORCIO sería el que ve más limitada su libertad contractual en materia de remediación de las consecuencias que las oscilaciones de valor dinero/bienes presentarán en la conservación del valor de la contraprestación que recibirá por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

- 3.1.6. **Respecto a su primera pretensión principal**, señala que la cláusula de escala móvil, y la fórmula polinómica que le es consustancial, constituye un elemento de las bases que es indispensable prever; no solo porque así lo exigiría el artículo 26° LCAE sino porque también atendería a un concreto interés del Estado: administrar el riesgo de que los eventuales aumentos del valor del dinero repercutan en la oferta del precio de EL CONSORCIO. Así, refiere que en razón de ello se previó en el Expediente Técnico que integraba las Bases de la Licitación Pública No. 0007-2010-MTC/20 una fórmula polinómica.

Asimismo, manifiesta que en caso se produzca un reajuste hacia arriba o hacia abajo, la aplicación de la fórmula polinómica debe reflejar adecuadamente el efecto inflacionario real porque de ello dependerá que se conserve el Equilibrio Económico-Financiero del contrato.

A su vez, manifiesta que lo que sucedió en el presente caso es que, sin que lo advirtiera LA ENTIDAD, la fórmula polinómica del Expediente Técnico presentaba un defecto técnico que le impedía procesar adecuadamente el fenómeno que trataba de corregir: la fórmula en cuestión no incorporó correctamente el componente relativo al Petróleo Diesel ni la mano de obra destinada específicamente a operar los equipos, de manera que no reflejarían adecuadamente el impacto de las oscilaciones de sus valores en el mercado en la contraprestación que percibe.

Asimismo, señala que en la ejecución de la obra, el Petróleo Diesel puede utilizarse hasta para dos finalidades: como insumo y como combustible. Y que algo similar pasaría también con la mano de obra, pues ella también puede ser utilizada como insumo directo y como operador.

Estándose a lo anterior, refiere que conforme fue ejecutando los trabajos y se le fue cancelando las correspondientes valorizaciones, advirtió que la fórmula diseñada por LA ENTIDAD, no seguía en los hechos, el comportamiento del valor del Petróleo Diesel ni de la mano de obra. La razón de ello era que la Fórmula Polinómica, por un lado, solo incorporaba al Petróleo Diesel como insumo pero no lo hacía como combustible; y, por otro, solo incorporaba la mano de obra como insumo directo pero no lo hacía como operador.

De acuerdo a ello se advierte que el problema era trascendente ya que siendo el Petróleo Diesel y la mano de obra elementos de la construcción de un valor tan sensible, el que no estuvieran correctamente incorporados a la fórmula, provocaba que ésta no pueda cumplir adecuadamente su cometido: reflejar el efecto inflacionario real en el valor de la contraprestación que se le debe pagar a EL CONSORCIO, con el consiguiente perjuicio patrimonial que ello ocasionaba.

A su vez, refiere que alarmados por esta situación, mediante asiento N° 171 de fecha 22/06/11, dejaron constancia de que se le venía generando serios perjuicios por la aplicación de una fórmula polinómica con defectos. Ante ello, mediante asiento N° 172 de fecha 24/06/11, el Supervisor le indicó que su reclamo no era procedente, en la medida que la Fórmula Polinómica forma parte de la documentación integral de la firma del contrato.

Asimismo, señala que en la medida que el perjuicio económico seguía prologándose en el tiempo, mediante asiento N° 494 de fecha 07/02/12, reiteró su preocupación por esta situación y solicitó a la Supervisión que transmitiera dicha preocupación directamente a LA ENTIDAD. Sin embargo, mediante asiento N° 495 de fecha 08/02/12, la Supervisión le contestó ratificándose en lo señalado en su asiento N° 172.

Siendo así las cosas, refiere que se encontraba en la necesidad de remitir directamente a LA ENTIDAD, la carta de fecha 13/06/12, por medio de la cual reiteró su preocupación por la distorsión en la Fórmula Polinómica y solicitó que se establezca el procedimiento de reconocimiento y pago de estos mayores costos/daños.

Asimismo, señala el demandante, la referida carta nunca tuvo respuesta por parte de Provías Nacional, con lo cual el perjuicio habría continuado hasta la finalización de los trabajos, razón por la que se estableció la necesidad de tener que iniciar el presente arbitraje.

- 3.1.7. **Como parte de su fundamentación jurídica**, señala que la posición que viene defendiendo en el presente caso, se habría sido acogida tanto por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI) como por Provías Nacional.

Así, refiere que el INEI (organismo encargado de elaborar los índices de los elementos que determinan el costo de las obras, de acuerdo a la Undécima Disposición Complementaria de la Ley N° 25862) ya se habría pronunciado al respecto (Oficio N° 079-2012-INEI/DTIE de fecha 18 de abril de 2012) con motivo de una solicitud de pronunciamiento que le efectuó la Cámara Peruana de la Construcción (en adelante, CAPECO) en su Carta CPC-038-12 del 23 de marzo de 2012.

De igual manera, señala que Provías Nacional habría reconocido ya, con oportunidad del desarrollo de licitaciones posteriores a la que desembocó en la suscripción del contrato objeto de este arbitraje, que el Petróleo Diesel como combustible y la mano de obra como operador son elementos de la obra cuya incidencia exige que sean previstos independientemente en la fórmula polinómica del respectivo contrato.

En tal sentido, considera que queda claro que tanto la posición del INEI como la de Provías Nacional es que la Fórmula Polinómica debe incluir monomios independientes del Petróleo Diesel y de la Mano de Obra, con la finalidad de que refleje adecuadamente la variación en el precio de estos insumos.

De otro lado, manifiesta que se le reconoce a EL CONSORCIO el derecho a mantener la ecuación económica del contrato que le asegure una rentabilidad razonable en contrapartida a las facultades extraordinarias que bajo un Contrato Administrativo se le otorga a LA ENTIDAD. De lo contrario se estaría imponiendo a EL CONSORCIO una carga diferencial en relación al resto de la comunidad, ya que no sólo pagaría el precio del contrato a través de la tributación (como el resto de la comunidad) sino que asumiría individualmente parte de ese precio, ya sea por la pérdida de su beneficio, ya sea por la absorción de parte del costo de la obra.

Asimismo, señala que la doctrina del Equilibrio Económico Financiero se asienta sobre principios de justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada) y de justicia distributiva (el Contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de ejecución de una obra o servicio público).

A su vez, manifiesta que en el Perú este principio se ve traducido en la práctica en una serie de mecanismos que se aplican a los contratos en general con el objeto de mantener la equivalencia de las prestaciones (presupuestos adicionales, fórmulas de reajuste de precios, etc.) o de resarcir los daños causados (régimen de responsabilidad civil contractual).

Asimismo, señala que el remedio para restablecerse el Equilibrio Económico Financiero es reconocerle a la parte afectada aquellos costos y/o daños generados como consecuencia del defecto en la Fórmula Polinómica. En tal sentido, concluye que la consecuencia de verificarse un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, es que se le reconozca a la parte afectada el monto dejado de percibir indebidamente.

Por otra parte, señala que la idoneidad del Expediente Técnico es de entera responsabilidad de Provías Nacional, pues así se encontraría

establecido en el artículo 13 de la Ley de Contrataciones con el Estado y en el artículo 153 de su Reglamento.

En este orden de ideas, se refiere que en la medida que la Fórmula Polinómica forma parte del Expediente Técnico y Proviás Nacional, por mandato de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, es responsable de su idoneidad, entonces ésta es responsable por los defectos o distorsiones contenidos en la Fórmula Polinómica.

- 3.1.8. **Respecto a su segunda pretensión principal**, señala que el numeral 35.8 de la Cláusula Trigésimo Quinta del Contrato establece que el presente proceso se somete a las reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vigente a la fecha de presentación de la solicitud arbitral.

De conformidad con el primer párrafo del artículo 104 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, se afirma que corresponde que los costos del arbitraje sean imputados a la parte que sea vencida en éste. De manera que, declarándose fundada su primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral deba declarar también que el demandado deba hacerse cargo de los costos arbitrales en los que haya incurrido EL CONSORCIO al término del presente arbitraje.

Mediante Resolución N° 02 de fecha 24/10/12 se tuvo por admitida la demanda interpuesta por EL CONSORCIO.

3.2. De la contestación a la demanda presentada por Proviás Nacional con fecha 23/11/12

- 3.2.1. Mediante escrito de fecha 23/11/12, Proviás Nacional contestó la demanda interpuesta por EL CONSORCIO y pidió al Tribunal Arbitral que la misma sea declarada improcedente y/o infundada.

- 3.2.2. **Como antecedentes de la controversia**, el demandado refiere los siguientes hechos:

- Durante la ejecución de la Obra, mediante el Asiento N° 171 de fecha 22/06/11, EL CONSORCIO le comunicó que la aflicción de la Fórmula Polinómica del Expediente le viene ocasionando un sistemático perjuicio económico, ya que por decisión de LA ENTIDAD, este elemento ha sido omitido como componente de la Fórmula Polinómica.
- Mediante el Asiento N° 172 de fecha 24/06/11, el Supervisor le comunicó que el reclamo del demandante no era procedente en la

medida que la Fórmula Polinómica forma parte de la documentación integral de la firma del Contrato.

- Mediante Asiento N° 494 de fecha 07/02/12, EL CONSORCIO reiteró la anotación del Asiento N° 171, indicando que la Fórmula Polinómica omite el monomio "petróleo diesel" que es utilizado en la operación del equipo mecánico.
- El Supervisor mediante el Asiento N° 495 de fecha 08/02/12 contestó ratificando lo señalado en el Asiento N° 172.
- Mediante carta s/n de fecha 13/06/12, EL CONSORCIO reiteró que la distorsión de la Fórmula Polinómica genera que el pago que se le efectúa no refleje la real variación de precios de los insumos utilizados para la ejecución de la Obra.
- Mediante carta s/n, EL CONSORCIO presentó su Liquidación de Obra, incluyendo el monto por defectos en la aplicación de la Fórmula Polinómica.
- Mediante Resolución Directoral N° 769-2012-MTC/20 de fecha 27/09/12, se aprobó administrativamente la Liquidación del Contrato de Obra N° 158-2010-MTC/20, con un saldo a favor del demandante de S/. 1,300,058.58 incluido IGV. En lo que concierne al Informe N° 148-2012-MTC/20.5.VCHB, éste indicaría que no corresponde un pago por supuestos defectos en la fórmula polinómica, ya que ésta ha sido aprobada y consentida en su momento tanto por LA ENTIDAD como por EL CONSORCIO.
- Mediante carta s/n de fecha 12/10/12, EL CONSORCIO hizo llegar su disconformidad con la Liquidación del Contrato de Obra N° 158-2010-MTC/20, aprobada con la Resolución Directoral N° 769-2012-MTC/20, por no haber considerado el pago, entre otros conceptos, del defecto en la aplicación de la Fórmula Polinómica.
- Mediante Oficio N° 1710-2012-MTC/20, Provías Nacional comunicó a EL CONSORCIO que se ratificaba en todo lo indicado en el Resolución Directoral N° 769-2012-MTC/20, respecto a la Liquidación del Contrato de Obra N° 158-2010-MTC/20.

3.2.3. **Respecto a la primera pretensión del demandante**, comienza haciendo mención al momento que se tiene para realizar los cuestionamientos a las bases, es decir, a las formulas polinómicas contenidas en las mismas.

Así, refiere que las etapas que integran el proceso de contratación que lleva a cabo el Estado, bajo el régimen de la Ley de Contrataciones y del Estado se dividen en dos grandes etapas:

- Primera etapa: el proceso de selección del Contratista, el que se rige por normas exclusivamente administrativas y tiene como mecanismos de solución de conflictos las impugnaciones administrativas (consultas y observaciones) que en última instancia, en esta sede, son conocidas por el Tribunal Administrativo del OSCE.
- Segunda etapa: el proceso de ejecución contractual que tiene lugar desde el momento en que se suscribe el contrato con el Estado hasta su finalización con la liquidación de éste. Esta etapa se encuentra marcada por las normas contractuales aplicables y tiene como mecanismo de solución de controversias la conciliación o el arbitraje.

En tal sentido, refiere que el demandante no podría pretender cuestionar en plena etapa contractual aquello que debió o pudo cuestionar en la etapa administrativa a través de los mecanismos de consulta y observación que establece la ley para estos efectos.

3.2.4. En lo que respecta a la modificación de la fórmula polinómica, señala que la aplicación de las Fórmulas de Reajustes se encuentran definidas en el numeral 2 del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y que el reajuste de los precios con el índice base del presupuesto base con el índice unificado (publicado por el INEI) resultan inalterables e inmodificables, por lo que durante la etapa de presentación de propuestas el postor debe centrar sus esfuerzos en ofertar los precios promedios del mercado a fin de que no se vea perjudicado económicamente con la aplicación de la fórmula polinómica.

Estándose a lo anterior, Provías Nacional refiere que EL CONSORCIO estaría pretendiendo modificar la Fórmula Polinómica contenida en las Bases del Contrato y pretendiendo, además, en plena ejecución de éste, reclamar un supuesto detrimento por la aplicación de la fórmula polinómica, lo cual debió de prever al momento de presentar su respectiva propuesta económica.

3.2.5. En lo que concierne a la oportunidad de la propuesta de disconformidad entre ambas partes, Provías Nacional refiere que EL CONSORCIO habría manifestado su disconformidad al pronunciamiento de LA ENTIDAD con respecto a la Liquidación del contrato debido a que LA ENTIDAD, no habría considerado en ésta los defectos en la aplicación de la Fórmula Polinómica. Sin embargo, manifiesta que esta

disconformidad sobre la Fórmula Polinómica viene siendo planteada después de la firma del contrato.

Asimismo, refiere que existe durante el proceso de selección una etapa en la que los postores tienen la oportunidad de evaluar detenidamente la documentación con la cual se está llevando a cabo el proceso: la etapa de Consultas a las Bases. En esta etapa, los participantes pueden solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas.

A su vez, refiere que el Comité Especial publica, a través del SEACE, la absolución de las consultas, mediante un pliego absolutorio, debidamente fundamentado, donde las respuestas a las consultas se consideran como parte integrante de las Bases y del contrato.

Se afirma que luego se tiene la etapa de Formulación y absolución de observaciones a las Bases, etapa en la que los participantes en el proceso de selección pueden formular observaciones, debidamente fundamentadas, relativas al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de adquisiciones y contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección mediante escrito dirigido al Comité Especial o a través del SEACE. La absolución de las observaciones por parte de este Comité es fundamentada y se hace de conocimiento oportuno y simultáneo a los participantes; asimismo, dichas observaciones se consideran como parte integrante de las Bases del proceso.

A su vez, refiere que la última etapa es la de la Integración de las Bases, que se da una vez que se hayan absuelto todas las consultas presentadas. Así, señala que las Bases quedan integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del titular o de la máxima autoridad administrativa de LA ENTIDAD, según sea el caso.

En tal sentido, Provías Nacional manifiesta que el presente contrato viene precedido de actividades administrativas a las cuales todos los postores se sujetaron, cumpliendo con los principios de transparencia, trato justo e igualitario, equidad y libre competencia. Y que una vez que quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, se deben de cumplir los plazos y procedimientos establecidos para la suscripción del contrato, celebrándose éste por escrito y ajustándose a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por LA ENTIDAD durante el proceso de selección.

Asimismo, señala que el contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, de precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

De otro lado, refiere que en la etapa de ejecución de la obra pueden darse situaciones en las cuales se tenga que tramitar prestaciones adicionales que, por lo general, se generan por los Mayores Costos en las obras ejecutadas; frecuentemente frente a la necesidad de ejecutar trabajos no referidos en el expediente técnico y que se originan por errores o deficiencias en la elaboración de dichos documentos o a situaciones imprevisibles al momento de su formulación.

Estándose a lo anterior, manifiesta que la oportunidad de EL CONSORCIO para que se ponga de manifiesto la mala aplicabilidad de la Fórmula Polinómica, fue en la Etapa de Consultas y Observaciones durante el proceso de la Licitación Pública N° 0007-2010-MTC/20, para la Ejecución de la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani, Tramo: El Descanso – Langui.

Por último, refiere que la norma del Texto de Disposiciones Legales Sobre Fórmulas Polinómicas (artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-79-VC) señala que los elementos representativos no podrán ser sustituidos por otros despojes de la firma del contrato; consecuentemente, sería extemporánea la pretensión del cambio de las condiciones establecidas en el contrato.

- 3.2.6. **En lo que respecta a las cuestiones técnicas de la pretensión**, refiere que EL CONSORCIO habría referido que contrató con Provías Nacional bajo la premisa de que la Fórmula Polinómica reflejaría adecuadamente (i) la utilización del Petróleo Diesel como insumo para mezcla asfáltica pero además como combustible para equipos, maquinarias y vehículos y (ii) por otro lado, la utilización de la Mano de Obra no sólo como recurso para la ejecución directa de partidas contractuales, sino también como recurso para operar máquinas.

Al respecto, refiere que cuando se formula el Expediente Técnico y se elabora la Fórmula Polinómica, como costo unitario de la partida, se consideran los costos de Mano de Obra, Equipo Mecánico, Materiales y Herramientas. Asimismo, señala que el costo del equipo mecánico para todas las partidas intervinientes en el Expediente Técnico se considera el costo de alquiler horario de equipo mecánico, los cuales fueron cotizados en el mercado nacional.

Se afirma que el Expediente Técnico en su Volumen N° 07, Análisis de Precios Unitarios, en el folio 022, presentaría la tabla de costo de alquiler

horario de equipo mecánico, el cual referiría en la Memoria Explicativa que estos están constituidos principalmente por el Costo de Posesión y el Costo de Operación, siendo que esto último incluiría los costos de combustible, lubricantes, filtros, neumáticos, mantenimiento operador y elementos de desgaste.

En base a las consideraciones anteriores, el demandado manifiesta que EL CONSORCIO planteó su oferta económica, por lo que no sería correcto que ésta afirme que una vez iniciados los trabajos la realidad fue otra, pues verificó que en realidad la Fórmula Polinómica únicamente incluía porcentualmente la utilización del Petróleo Diesel como insumo y no como combustible.

A su vez, Provías Nacional hace hincapié en que desde el inicio de su gestión habría venido encargando la elaboración de los Estudios Definitivos de las Obras inherentes a su función, como serían las Obras Viales, considerando en la Fórmula Polinómica el Costo de Alquiler de Horario de Equipo Mecánico, efectuándose y los Procesos de Contratación bajo esas condiciones, habiendo participado en muchas oportunidades las empresas COSAPI S.A. y TRANSLEI S.A. (hoy MOTA ENGIL PERU), conformantes del Consorcio Vial El Descanso Langui.

De otro lado, manifiesta que en la Tercera Edición de la publicación del Fondo Editorial CAPECO "*Formulas polinómicas de reajuste automático en obras de construcción*", CAPITULO IV, se presenta el Texto Único ordenado del D.S. 011-79-VC que reglamenta el régimen de fórmulas polinómicas, en las que de forma general y básica se presenta a las fórmulas polinómicas.

Asimismo, señala que en el CAPITULO V de la misma publicación se presentaría un ejemplo para la elaboración de la fórmula polinómica, donde en los cuadros de análisis de costo unitario, se indicaría que los costos de los equipos incluyen al operador, combustible y lubricantes.

En tal sentido, señala que en el proceso de Licitación Pública N° 007-2010-MTC/20, a efectos de contratar a la empresa contratista para la ejecución de la obra, se estableció reglas en las Bases de la Licitación Pública que todos los postores conocieron, y que toda la documentación técnica fue parte de ella, estando sujeta a la etapa de consultas y observaciones a las bases, sin que ningún postor hiciera alusión, consulta u observación respecto al tema en controversia.

Siendo así las cosas, señala que el Expediente Técnico y su contenido como análisis de precios unitarios, presupuesto y fórmula polinómica que forman parte del presupuesto, estarían totalmente definidos desde la suscripción del contrato de obra.

3.2.7. **Respecto al análisis del cálculo del importe reclamado por el Consorcio**, señala que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no posibilitarían que LA ENTIDAD y EL CONSORCIO negocien o diseñen un mecanismo que les permita una paridad e igualdad a fin de evitar un perjuicio económico para alguna de las partes por efecto de las fluctuaciones del Libre Mercado, motivo por el cual el análisis del cálculo efectuado por el demandante obedecería a un criterio que no tiene sustento técnico legal.

3.2.8. Mediante Resolución N° 03 de fecha 30/11/12, se tuvo por contestada la demanda.

3.3. De la excepción de incompetencia deducida por Provías Nacional

3.3.1. En el mismo escrito de contestación de demanda de fecha 23/11/12, Provías Nacional dedujo excepción de incompetencia.

3.3.2. Al respecto, refiere que el demandante habría mencionado en su escrito de demanda que la controversia habría surgido debido a una distorsión en la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico, situación que correspondería a la etapa administrativa del contrato.

3.3.3. A su vez, señala que para esta etapa la ley prevería los recursos impugnativos correspondientes. En tal sentido, el reclamo materia del presente arbitraje se relacionaría a situaciones que no habrían surgido durante la etapa de ejecución del contrato.

3.3.4. De otro lado, manifiesta que existirían dos etapas en el proceso de contratación del Estado que serían diferenciables; por un lado, la etapa administrativa y por otro el otro la etapa contractual; siendo ambas preclusivas.

3.3.5. Siendo así las cosas, refiere que el reclamo del demandante se encontraría relacionado con una situación generada en la etapa administrativa del contrato que ya concluyó, por lo que no resultaría arbitrable la materia que se viene tramitando.

3.3.6. A su vez, señala que las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje, y donde forme parte el Estado, deben cumplir con dos supuestos: (i) derivarse de una relación contractual y (ii) la ley debe limitar la forma de su sometimiento.

3.3.7. De otra parte, refiere que si el demandante consideraba que en la Fórmula Polinómica no se hallaba debidamente representados los elementos principales con los que se llevaría a cabo la obra, debió de haber realizado la debida observación o consulta antes de la firma del contrato pues, como en todo proceso de selección, habría un momento

determinado para que los postores presenten a LA ENTIDAD, sus dudas e inquietudes respecto a los puntos que no se encontraran de acuerdo.

3.3.8. Se afirma que el Tribunal Arbitral sería incompetente para conocer de controversias generadas antes de la suscripción del contrato, por cuanto su competencia recién surgiría desde la suscripción del mismo y no antes.

3.3.9. Mediante Resolución N° 03 de fecha 30/11/12 se le corrió traslado al demandante de la excepción deducida.

3.4. De la absolución a la excepción de incompetencia

3.4.1. Mediante escrito de fecha 18/12/12, EL CONSORCIO absolvió la excepción deducida por Provías Nacional y solicitó que la misma se declarada improcedente o infundada, según corresponda.

3.4.2. **Respecto a la improcedencia de la excepción deducida**, señala que la nota distintiva de una excepción, es decir que sea amparada, constituiría en que no podría pasarse a revisar válidamente el fondo de la pretensión planteada; de manera tal, que su régimen de planteamiento y resolución es distinto al de la defensa de fondo, por cuanto ellas se resuelven antes de la Fijación de Puntos controvertidos o antes de la expedición del laudo.

Asimismo, refiere que en el presente caso, el demandado estaría pretendiendo hacer pasar una de defensa de forma como una defensa de fondo ya que sus argumentos se situarían en este último.

Así, señala que la dilucidación de la presente excepción supondría un pronunciamiento directo sobre el fondo de la controversia ya que la resolución de dicha excepción supondría la actuación de medios probatorios que aún no se habrían actuado en el proceso, por cuanto para poder determinarse si es cierto que la controversia habría surgido antes o después de la suscripción del contrato, sería necesario que no solo se evalúen los antecedentes de la Licitación Pública, sino que también se determine cuándo, cómo y con qué alcance se pudieron advertir las distorsiones que presentaría la fórmula polinómica del contrato, situación que no sería posible evaluarse en una defensa de forma.

3.4.3. **Respecto a la infundabilidad de la excepción deducida**, manifiesta que para determinarse si el argumento que sustancia la excepción del demandado justificaría ser declarado fundado, sería necesario que se le confronte con los términos del convenio arbitral, lo cual no debería suponer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia ya que de

lo contrario no estarían frente a una excepción, sino ante la emisión de un laudo.

Asimismo, señala que Provías Nacional habría incurrido en un error de enfoque por lo siguiente:

- La fórmula polinómica se encontraría contenida en las Bases Integradas, las cuales formarían parte integrante del contrato de acuerdo a lo cláusula cuadragésima del mismo.
- Como parte de la ejecución del contrato se habría puesto en aplicación la fórmula polinómica, que no sería otra cosa que el mecanismo de reajuste del valor de contraprestación al contratista en respuesta a la evolución inflacionaria de los insumos que se utilizarían en la ejecución de las múltiples partidas que se llevarían a cabo en la obra para el pago a cuenta del contratista una vez valorizadas.
- Que, habría sido en la etapa de ejecución del contrato donde advirtieron que la fórmula polinómica diseñada por el demandado no seguía en los hechos el comportamiento del valor de diversos componentes necesarios para la ejecución de la obra.
- Que, su pretensión estaría referida a las distorsiones ocasionadas por la fórmula polinómica en la etapa de ejecución del contrato. Esto, sería tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Teórico porque la fórmula polinómica sería una estipulación contractual más. Y práctico porque con la puesta en aplicación de la fórmula polinómica se habría puesto en evidencia la distorsión de ésta.

En tal sentido, considera que la materia controvertida en el presente arbitraje correspondería a una etapa de ejecución del contrato, por lo que lo afirmado por el demandado sería inexacto.

3.4.4. Mediante Resolución N°04 de fecha 07/01/13 se tuvo por absuelto el traslado conferido de la excepción.

3.5. De la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

3.5.1. Con fecha 14/02/13, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia del Tribunal Arbitral y las partes; donde se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

a) Respecto a la demanda (presentada el 17/10/12), así como la contestación de la demanda (presentada el 23/11/12):

Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que Provías Nacional reconozca y pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'591,508.41 (Dos Millones Quinientos Noventa y Un. Mil Quinientos Ocho y 41/100 Nuevos Soles) más el IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por efecto de la distorsión en la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico.

Segunda Pretensión Principal: Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos que irroque el presente arbitraje.

Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva la facultad de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de ellos, que carece de objeto pronunciarse sobre otros, podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, motivando su decisión y sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Acto seguido se admitieron como medios probatorios los siguientes:

b) De la Demanda

De parte del **CONSORCIO**:

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda, señalados en el Acápito VII denominado "MEDIOS PROBATORIOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el 2-A al 2-N del Acápito VIII denominado "ANEXOS" del referido escrito.

Se ofrece una Pericia con la finalidad de corroborar que efectivamente la fórmula polinómica del Expediente Técnico, tal como se encuentra conformada, no refleja correctamente la inflación del Petróleo Diesel y Mano de Obra en su totalidad, así como corroborar el monto solicitado en la Primera Pretensión Principal de acuerdo a su memoria de cálculo. Para la realización de la pericia, se ofrecen como medios probatorios el íntegro del Expediente Técnico, Bases de Selección, el Cuaderno de Obra, los informes del contratista a la Supervisión, las valorizaciones de los meses correspondientes y demás documentos de carácter contractual que el perito estime necesario revisar.

c) Contestación

De parte de **PROVIAS NACIONAL**:

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda, señalados en el Acápite III denominado "MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS", los cuales figuran en calidad de anexos desde el 1-A al 1-L.

d) Pruebas de Oficio

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49° del Reglamento y el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

3.6. Del nombramiento del perito de parte del Consorcio y su informe pericial

3.6.1. Mediante Resolución N° 06 de fecha 22/02/13 se nombró como perito al ingeniero civil Jaime Neyra Torres.

3.6.2. Con fecha 28/08/13, el perito Jaime Neyra Torres presentó su informe pericial, el mismo que se tuvo por presentado mediante Resolución N° 16 de fecha 15/07/13.

3.7. De la Audiencia de Informe Pericial

3.7.1. Con fecha 19/11/13 se realizó la Audiencia de Informe Pericial, con la presencia del Tribunal Arbitral, las partes y el perito ingeniero Jaime Neyra Torres, la misma que tuvo por finalidad que éste ilustre al Tribunal Arbitral sobre su informe pericial y que las partes manifiesten lo conveniente a su derecho respecto del referido informe.

3.8. Del cierre de la etapa probatoria

3.8.1. Mediante Resolución N° 56 de fecha 02/06/15 se declaró concluida la Etapa Probatoria y se concedió a las partes el plazo de 5 días hábiles para que formulen sus alegatos escritos.

3.9. Alegatos

3.9.1. Mediante escritos de fecha 10/06/15 y 11/06/15, EL CONSORCIO y Provias Nacional, respectivamente, presentaron sus alegatos finales.

3.9.2. Mediante Resolución N° 57 de fecha 23/06/15 se tuvo por presentados los alegatos finales de ambas partes.

3.10. De la Audiencia de Informe Oral y del Plazo para laudar

3.10.1. Con fecha 06/08/15 se realizó la Audiencia de Informe Oral, con la presencia del Tribunal Arbitral y las partes con la finalidad de que las partes expongan oralmente sus alegatos.

3.10.2. Que, mediante Resolución N° 62, se ordenó traer los autos para laudar, en un plazo de treinta (30) días.

IV. Considerando

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones de las partes, evaluando para el efecto cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

4.1. Declaración Previa

Antes de entrar a evaluar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de la materia, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
- (ii) Que ninguna de las partes interpuso recusación contra los árbitros;
- (iii) Ninguna de las partes impugnó las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de este Arbitraje;
- (iv) Que el CONSORCIO, presentó su demanda dentro de los plazos establecidos;
- (v) Que PROVIAS NACIONAL fue debidamente emplazada con la y ejerció plenamente su derecho de defensa;
- (vi) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral, establecidos en el Acta de Instalación.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

4.2. Análisis de la Materia Controvertida-

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente Laudo está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, en base a las pretensiones promovidas por la parte demandante y la parte demandada, aceptados por las partes conforme consta en dicha Acta.

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

Por todas estas razones, valorando en forma conjunta y razonada todos los medios probatorios; expresando sólo en la presente resolución las valoraciones esenciales y determinantes que la sustentan, corresponde efectuar el análisis de cada uno de los extremos de la controversia y pronunciarse sobre los mismos.

4.2.1. EXCEPCION DE INCOMPETENCIA.

Con fecha 23 de noviembre de 2013, con la contestación de la demanda PROVIAS NACIONAL deduce la excepción de incompetencia.

Si bien la excepción de incompetencia no fue considerada entre los puntos en controversia en la audiencia realizada el 14 de febrero de 2013, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre el medio de defensa propuesto por la entidad.

La entidad señala que la demanda surge debido a la distorsión en la fórmula polinómica del expediente técnico, por lo que considera que la controversia se origina la etapa administrativa del contrato, para los que la Ley prevé los recursos impugnativos correspondientes, en consecuencia la controversia no ha surgido durante la ejecución del contrato.

La entidad señala que existiendo dos etapas en la contratación del Estado i) el proceso de selección del contratista, en la que se rige por

normas exclusivamente administrativas y tiene como mecanismos de solución de conflictos las impugnaciones administrativas que en última instancia son conocidas por el Tribunal Administrativo de la OSCE y ii) el proceso de ejecución contractual, que tiene lugar desde el momento que se suscribe el contrato y que tiene como método de solución de controversias la conciliación o el arbitraje.

La entidad considera, conforme a lo manifestado en la Resolución N° 802-2008-TC-S4, del 24 de marzo de 2008, que las etapas del proceso de selección tienen carácter preclusivo, lo que implica que transcurrido el plazo previsto para el desarrollo de una etapa y habiéndose iniciado otra, no es posible que se realicen actos correspondientes a ella.

El reclamo de EL CONSORCIO se encuentra relacionado con la etapa del contrato administrativo que ya concluyó, por lo que no resulta arbitrable.

LA ENTIDAD señala que si bien es posible someter a arbitraje las controversias en las que es parte el Estado, estas deben cumplir con dos supuestos i) derivar de una relación contractual y ii) la ley debe limitar la forma de su sometimiento, por lo que resulta claro que pueden someterse a arbitraje asuntos derivados de relaciones jurídicas patrimoniales privadas o de relaciones contractuales, por lo que no podrán ser sometidas otras controversias de materia distinta.

Los cuestionamientos en relación a la fórmula polinómica, debieron ser materia de observación y/o consulta antes de la firma del contrato, pues al firmar el contrato el contratista se sometía a lo estipulado en ella y ha aceptado todo cuanto estaba en conocimiento del mismo.

EL CONSORCIO cumplió con absolver el traslado de la excepción, señalando lo siguientes argumentos:

La excepción es improcedente, pues conforme ha sido interpuesta, constituye una alegación de fondo. EL CONSORCIO señala que dilucidar la excepción planteada por LA ENTIDAD, implica emitir un pronunciamiento de fondo de la controversia e implicaría una actuación de medios probatorios que aún no se han llevado a cabo, pues determinar si la controversia surgió antes o después de la suscripción del contrato será necesario no sólo que se evalúen los antecedentes de la licitación pública N° 0007-2010-MTC/20, sino también se determine cuando, como y con que alcance se pudieron advertir las distorsiones que presenta la fórmula polinómica del contrato, evaluación que resulta impropia de la resolución de una defensa de forma.

EL CONSORCIO señala además, que en el caso que la excepción deducida, no fuera improcedente, la misma es infundada, pues lo que es

materia controvertida corresponde en estricto a la ejecución del contrato, por lo que lo afirmado por LA ENTIDAD, en el sentido que la controversia surgió durante la ejecución del contrato, es inexacto.

EL CONSORCIO ha señalado que la excepción de incompetencia es improcedente, en atención que se ha presentado de forma extemporánea, ya que ha sido presentado fuera del plazo establecido en el artículo 44° del Reglamento de arbitraje de la PUCP.

En atención a lo expuesto por las partes, el Tribunal Arbitral procede a resolver la excepción de incompetencia deducida por la entidad.

En relación a que la excepción es extemporánea, el numeral 24 del acta de instalación, establece que las partes podrán interponer, excepciones, defensas previas, objeciones u oposiciones al arbitraje, observándose las reglas establecidas en los artículos 44° y 45° del Reglamento. Los mencionados artículos señalan lo siguiente:

Artículo 44°.- Las partes pueden proponer cuestiones probatorias, excepciones y defensas previas dentro de los cinco (5) días de notificadas con la demanda o reconvencción, las que serán puestas en conocimiento de la contraparte por igual plazo para que pueda absolverla.

Los árbitros podrán resolver las cuestiones probatorias, excepciones y defensas previas antes de la Audiencia de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, o podrán reservar su decisión hasta el momento del laudo o para algún momento anterior a su expedición, de acuerdo a su criterio.

Si al resolver alguna excepción los árbitros advierten la existencia de un vicio en la relación que impidiera pronunciarse válidamente sobre el fondo de las pretensiones planteadas, declararán la conclusión del proceso, a menos que el defecto sea subsanable, en cuyo caso concederá un plazo no mayor de cinco (5) días para su subsanación.

Las partes podrán solicitar la ampliación de los plazos antes indicados a los árbitros, quienes podrán conceder dicha ampliación de considerarlo conveniente.

Artículo 45°.- Los árbitros son los únicos facultados para decidir acerca de su propia competencia, así como objeciones u oposiciones relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad u oposición que objete la facultad

de los árbitros para resolver el fondo de la controversia, incluidas las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada, entre otras sobre las excepciones.

El convenio arbitral es independiente del acto jurídico que lo contiene, por lo que la del convenio, pudiendo los árbitros decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, del acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

Las excepciones, objeciones u oposiciones se interpondrán como máximo al contestar la demanda.

La parte que formule una excepción, objeción u oposición basada en que los árbitros habrían excedido el ámbito de su competencia, deberá plantearla dentro del plazo de cinco (5) días contado desde que toma conocimiento de la existencia de tales objeciones. Sin perjuicio de incluso, en el laudo.

En caso los árbitros amparen la excepción, objeción u oposición al arbitraje como cuestión previa, se declararán incompetentes y darán por concluidas las actuaciones arbitrales.

En cualquier caso, la decisión de los árbitros que resuelve tales excepciones, objeciones u oposiciones es inapelable, sin perjuicio de su impugnación a través del recurso de anulación contra el laudo que resuelve la controversia.

La excepción deducida por LA ENTIDAD, ha sido presentada con la contestación de la demanda, por lo que no se habría cumplido con el plazo de 5 días establecido en las normas antes mencionada.

Sin embargo el artículo 45° del Reglamento, establece en relación a los cuestionamientos a la competencia de los árbitros, que éstas se interpondrán como máximo al contestar la demanda, es decir dentro del plazo establecido en el acta de instalación que en este caso es de 15 días hábiles.

El referido artículo 45° del Reglamento, regula las articulaciones y cuestionamientos en relación a la competencia de los árbitros, siendo en consecuencia la que corresponde que se aplique en caso que se cuestione la competencia de los árbitros vía una excepción de incompetencia.

El Colegiado establece que la excepción de incompetencia, considerando lo señalado por Hinostroza Minguez¹, puede resolverse de oficio, dicha excepción, pues ***"Tal declaración oficio es dable tratándose de irregularidades que afectan la competencia absoluta, atendiendo a su importancia y al hecho que sus reglas son de orden público."***, motivo por el cual está facultado para pronunciarse sobre dicha medio de defensa, aunque hubiera sido deducida de forma extemporánea.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que la excepción de incompetencia ha sido presentada dentro del plazo establecido en el artículo 45° del Reglamento, por lo que ha sido presentado de forma oportuna.

En relación al cuestionamiento de LA ENTIDAD, en relación a que la controversia no resulta arbitrable, pues corresponde a la etapa de ejecución del contrato, el Colegiado considera necesario establecer los alcances del convenio arbitral suscrito entre las partes.

En la cláusula trigésimo quinta del contrato, las partes han establecido el convenio arbitral, la que señala lo siguiente:

"35.1. Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley."

LA ENTIDAD considera que la pretensión de EL CONSORCIO para que ***"PROVIAS reconozca y pague al consorcio la suma de S/. 2'591,508.41 nuevos soles, más el IGV..., por efecto de la distorsión en la fórmula polinómica del expediente técnico"***, no se encuentra dentro de los supuestos correspondientes a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, pues la controversia, se habría generado en la etapa de selección, que corresponde a una etapa administrativa, que contempla sus propias reglas para resolver las controversias que se presenten en dicha etapa.

La excepción de incompetencia es ***"... aquel instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Juez, siendo procedente cuando se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional incompetente"***

¹HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Las excepciones en el Proceso Civil. Página 128. Editorial San Marcos.

(que no está facultado para conocer del asunto litigioso) por razón de la materia, la cuantía y el territorio...¹²

La pretensión de EL CONSORCIO se sustenta en la distorsión de la fórmula polinómica, establecida en el contrato, señalando dicha parte que la mencionada fórmula se aplica a las valorizaciones que se pagan por los trabajos que ejecutan mes a mes. En consecuencia, se aplican durante la ejecución del contrato y por ende, sus efectos se generan durante la mencionada etapa.

El Tribunal Arbitral, puede verificar que la supuesta distorsión que EL CONSORCIO denuncia en su demanda, si bien se origina en la etapa de selección, produce efectos en la ejecución del contrato, por lo que dicha controversia, se encuentra dentro de los supuestos del convenio arbitral, no siendo en consecuencia amparable, la excepción deducida por LA ENTIDAD.

En consecuencia, el Colegiado, declara infundada la excepción de incompetencia deducida por LA ENTIDAD.

A continuación se procede al análisis de cada uno de los puntos controvertidos:

4.2.2. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al consorcio la suma de S/. 2'591,508.41 nuevos soles, más el IGV, los reajustes y los intereses que devenguen hasta la fecha efectiva del pago, por efecto de la distorsión en la fórmula polinómica del expediente técnico.

Las partes suscribieron el contrato de ejecución de obra N° 158-2010-MTC/20, para la Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Patahuasi – Yauri – Sicuani, tramos: El Descanso – Langui.

La controversia se origina conforme a lo señalado por EL CONSORCIO, en que la fórmula polinómica del contrato, establecida conforme al Artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no refleja la verdadera incidencia de dos recursos muy importantes en la ejecución de la Obra: el Petróleo Diesel y la Mano de Obra.

El CONSORCIO señala que contrató con la entidad bajo la premisa de que la Fórmula Polinómica reflejaría adecuadamente (i) por un lado, la utilización del Petróleo Diesel como insumo para mezcla asfáltica pero además como

¹² HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Las excepciones en el Proceso Civil. Página 128. Editorial San Marcos.

combustible para equipos, maquinarias y vehículos y (ii) por otro lado, la utilización de la Mano de Obra no sólo como recurso para la ejecución directa de partidas contractuales, sino también como recurso para operar maquinarias, lo que no se presentaba en la realidad, pues una vez iniciados los trabajos, se verificó que en realidad la Fórmula Polinómica únicamente incluía porcentualmente la utilización del Petróleo Diesel como insumo y no como combustible; y la Mano de Obra sólo como recurso para ejecución directa de partidas, y no como operario, por lo que solicitaron el reconocimiento de estos costos/daños que se nos venía generando producto de la distorsión en la Fórmula Polinómica.

LA ENTIDAD al contestar la demanda, ha señalado los siguientes fundamentos:

- El momento para cuestionar las formulas polinómicas contenidas en las bases, corresponde a la etapa correspondiente, pues el proceso de contratación que se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones y del Estado se divide en i) Proceso de Selección del Contratista, el que se rige por normas exclusivamente administrativas y tiene como mecanismos de solución de conflictos las impugnaciones administrativas (consultas y observaciones) que en última instancia, en esta sede, son conocidas por el Tribunal Administrativo del OSCE y ii) el proceso de ejecución contractual que tiene lugar desde el momento en que se suscribe el Contrato con el Estado hasta su finalización con la liquidación del Contrato, que está marcado por las normas contractuales aplicables que pueden llegar a remitirnos al Código Civil y que tiene como método de solución de controversias la conciliación o el arbitraje, por lo que no puede cuestionarse en la etapa contractual lo que debió o pudo ser cuestionado en la etapa administrativa a través de los mecanismos de consulta y observación que establece la Ley para estos efectos.
- Respecto a la modificación de la fórmula polinómica, las mismas se encuentran establecidas en el artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que el reajuste de los precios con el índice base del presupuesto base con el índice unificado publicado por el INEI resulta inalterable e inmodificable, por lo que durante la etapa de presentación de propuestas el postor debe centrar sus esfuerzos en ofertar los precios promedios del mercado a fin de que no se vea perjudicado económicamente con la aplicación de la fórmula polinómica, por lo que en la ejecución del contrato, no puede reclamar un perjuicio por la aplicación de la fórmula polinómica contenida en ella, que es de obligatorio cumplimiento por las partes, y que debió ser previsto por la contratista al presentar su propuesta económica
- EL CONSORCIO ha manifestado su disconformidad al pronunciamiento de LA ENTIDAD respecto a la Liquidación del Contrato de Obra N° 158-

2010-MTC/20 aprobada con Resolución Directoral N° 769-20112-MTC/20, en su Carta S/N del 10.10.2012, dado que LA ENTIDAD no ha considerado en su liquidación los defectos en la aplicación de la Fórmula Polinómica, la cual fue incluida por EL CONSORCIO en su propuesta de Liquidación de Obra.

- Esta disconformidad sobre la Fórmula Polinómica, la plantea después de la firma del Contrato.
- Para llegar a la suscripción del Contrato y durante el proceso de selección, hay una etapa y de las más importantes, porque es en aquella, en la cual los postores tienen la oportunidad de evaluar detenidamente la documentación con la cual se está llevando a cabo el proceso; esta etapa es la denominada Consulta a las Bases, A través de las consultas, los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases o plantear solicitudes respecto de ellas.
- Las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía, por lo que la oportunidad de EL ONSORCIO para poner de manifiesto la mala aplicabilidad de la Fórmula Polinómica, fue en la Etapa de Consultas y Observaciones durante el proceso de selección.

ALCANCES DE LA PRETENSION DE EL CONSORCIO.-

EL CONSORCIO solicita que se le reconozca y pague una suma de dinero, por efecto de la distorsión en la fórmula polinómica del expediente técnico.

El contrato fue suscrito el 7 de octubre de 2010 y de acuerdo a lo señalado en la demanda, el 22 de junio de 2011, mediante el asiento 171, dejaron constancia que se venía generando perjuicios por aplicar la fórmula polinómica. La supervisión su pronunció sobre la improcedencia de su pedido, señalando que la fórmula polinómica no es modificable, pero no se pronunció sobre los errores en la composición de la misma.

EL CONSORCIO en el numeral 45 de su demanda, señala que ***"Lo que sucedió en el presente caso es que, sin que lo advirtiera la Entidad o los postores, la fórmula polinómica del Expediente Técnico presentaba un defecto técnico que le impedía procesar adecuadamente el fenómeno que trataba de corregir. Concretamente, se descubrió que la fórmula en cuestión no incorporó correctamente el componente relativo al Petróleo Diesel ni la mano de obra destinada específicamente a operar los equipos, de manera que no reflejan adecuadamente el impacto de las oscilaciones de sus valores en el mercado en la contraprestación que percibe el Consorcio."***

Como puede verse, EL CONSORCIO sustenta su demanda, en la existencia de un defecto técnico de la fórmula polinómica y no en que la misma estaría contraviniendo lo establecido en el artículo 49° del Reglamento, específicamente en que la misma sea contraria a lo dispuesto en el D.S. 011-79 y sus modificatorias.

Teniendo en consideración lo señalado anteriormente, el Colegiado considera pertinente pronunciarse, en relación a los laudos presentados por las partes en relación a la modificación de fórmulas polinómicas en los contratos sujetos a la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

EL CONSORCIO mediante escrito de fecha el 11 de noviembre de 2014, presentó un laudo sobre fórmula polinómica, dictado por el Tribunal Arbitral conformado por los Doctores Elvira Martínez Coco, Ricardo Rodríguez Ardiles y Jorge Vega Soyer. La pretensión de EL CONSORCIO en dicho proceso, fue que el Tribunal Arbitral declare que "la composición actual de la fórmula polinómica elaborada por PROVIAS para el contrato, es contraria al Decreto Supremo 011-79-VC.

El citado laudo estableció que el cálculo de la fórmula que se incluyó en el expediente técnico de la licitación, no cumplió con las prescripciones del Decreto Supremo N° 011-79-VC. En consecuencia, se declaró fundada la demanda y estableció la fórmula polinómica correcta, mediante una pericia técnica establecida en el proceso.

LA ENTIDAD presentó el 30 de marzo de 2015, el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral constituido por los Doctores Lourdes Flores Nano, Cecilia O'Neil de la Fuente y Randol Campos Flores de fecha 24 de febrero de 2015. En dicho proceso se señala, que el proceso arbitral se había iniciado con el objeto que se remedie una distorsión existente en el mecanismo previsto en el contrato, el cual no está reflejando adecuadamente la inflación real del valor del petróleo diésel y mano de obra destinada a operar los equipos.

El laudo estableció (numeral 71 del laudo) que si bien la fórmula polinómica no reflejaba adecuadamente el cambio de precio del petróleo diésel y la mano de obra destinada a operar los equipos, sí resulta acorde al Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, y por lo tanto fue una fórmula legal.

El laudo señala que si bien EL CONSORCIO no ha formulado su pretensión en términos que involucren una modificación de la fórmula y por tanto una modificación del contrato, el Tribunal Arbitral considera pertinente dejar establecido que una pretensión como esa no hubiera sido conocida por él. El Tribunal declara infundada la pretensión de EL CONSORCIO por considerar que i) el hecho que la fórmula polinómica haya impedido reajustar el valor de los equipos con el petróleo diésel y mano de obra se produjo antes de la celebración del contrato y ii) la variación de los precios del petróleo diésel y de la mano de obra no es una circunstancia imprevisible.

El Colegiado puede concluir que conforme a las decisiones tomadas en los laudos mencionados, que se puede modificar la fórmula polinómica, mediante un Tribunal Arbitral, cuando se acredite que la misma, no ha sido establecida conforme a las normas señaladas en el artículo 49° del Reglamento, es decir no se hayan respetado lo establecido en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias.

¿LOS CONTRATOS REGULADOS POR LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICAS PUEDEN SER MODIFICADAS POR LAS PARTES?

El artículo 143° del Reglamento, establece que el "El contrato puede ser modificado durante su ejecución, sólo cuando se ofrezcan bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad previa evaluación podrá realizar la modificatoria siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Por tanto, LA ENTIDAD podrá modificar el contrato, previa evaluación, cuando EL CONSORCIO ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios y siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad y no varíen las condiciones que motivaron la selección de EL CONSORCIO. Lo contrario, determinaría la vulneración de los Principios de Transparencia, Imparcialidad, Eficiencia y Trato Justo e Igualitario.

Como puede verse, estamos ante el único supuesto de modificación del contrato, durante la ejecución del mismo, correspondiendo a LA ENTIDAD dicha posibilidad, cuando se den los supuestos señalados. Conforme a los dispositivos señalados, el Colegiado puede concluir que la fórmula polinómica establecida en el contrato, forma parte del mismo y en consecuencia no puede ser modificada por las partes.

El Tribunal Arbitral, en atención a los argumentos expuestos por EL CONSORCIO, que no puede dejar sin efecto la fórmula polinómica del contrato, toda vez que dicha pretensión implica la modificación del mismo.

¿LA FORMULA POLINOMICA PUEDE SER MODIFICADA POR LAS PARTES?

La normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado posibilita que LAS ENTIDADES puedan incluir en las Bases de los procesos de selección fórmulas de reajuste a los pagos que corresponde otorgar a EL CONSORCIO. Estas fórmulas de reajuste se encuentran reguladas en el artículo 49° del Reglamento, que tal como lo señala EL CONSORCIO **"...tutelaría ante todo al privado que pacta con el Estado frente a las oscilaciones del valor de lo ofertado durante los largos periodos que hay entre las formulación de propuestas económica durante el proceso licitatorio y la ejecución de las prestaciones contratadas..."**

La fórmula polinómica, está definida como "la representación matemática de la estructura de costos de un Presupuesto y está constituida por la sumatoria de términos, denominados monomios, que consideran la participación o incidencia de los principales recursos (mano de obra, materiales, equipo, gastos generales) dentro del costo o presupuesto total de la obra".

La aplicación de las formulas mencionadas, obedecen a la necesidad de mantener vigente el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato, entendiéndose por tal a la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponder. La fórmula polinómica a que se hace referencia, es elaborada por LA ENTIDAD y debe estar en las bases.

El numeral 2) del artículo 49° y el artículo 198° del Reglamento, establecen que las Bases del proceso deben establecer las fórmulas polinómicas, tomando en cuenta para su elaboración y aplicación las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

Las Bases son el documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por LA ENTIDAD, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista, en el marco de la Ley y su Reglamento.

Las bases pueden requerir de alguna aclaración o precisión, así como alguna modificación. La vía para solicitarlas es a través de las consultas y las observaciones a las Bases, respectivamente.

En el proceso de selección, los participantes tiene el derecho a: i) Tener acceso a las Bases del proceso de selección y al expediente técnico en los procesos para ejecución de obras, ii) Presentar las consultas y observaciones a las Bases, y a recibir la respuesta correspondiente, iii) Solicitar la elevación de las Bases cuando sus observaciones no hayan sido acogidas, iv) Solicitar la elevación de las Bases cuando sus observaciones, habiendo sido acogidas, continúen contrarias a la normativa de contratación pública y v) Solicitar la elevación de las Bases cuando las observaciones presentadas por otro participante, habiendo sido acogidas, continúen contrarias a la normativa de contrataciones.

EL CONSORCIO ha señalado en su demanda que "lamentablemente la realidad una vez iniciados los trabajos fue otra, pues se verificó que en realidad la Fórmula Polinómica únicamente incluía porcentualmente la utilización del Petróleo Diesel como insumo y no como combustible; y la Mano de Obra sólo como recurso para ejecución directa de partidas, y no como operario."

EL CONSORCIO hace referencia a una distorsión de la fórmula polinómica establecida en las bases del proceso de licitación, situación que no fue verificada por dicha parte en la etapa de consultas, no realizando ninguna observación sobre dicha situación.

El Colegiado considera que en el proceso EL CONSORCIO, no ha acreditado que haya realizado observaciones a las bases en relación a la fórmula polinómica establecida en ella, ni tampoco que la distorsión que señala se produjo, no haya podido ser detectada o verificada al momento de elaborar su propuesta técnica y económica, pues no resulta imposible percibir la supuesta incorrección de la fórmula en la etapa de selección.

EL CONSORCIO a criterio del Colegiado, estuvo en posibilidad legal de cuestionar o discutir antes de contratar, por lo que debe asumir las consecuencias.

Conforme a lo establecido en el 142º del Reglamento, el contrato está conformado por el documento que lo contiene, por las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. Asimismo, en lo que no haya sido previsto en la Ley y su Reglamento, es de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

En consecuencia, no habiéndose presentado observaciones a la fórmula polinómica establecida en las bases, estas conforme se han establecido forman parte del contrato.

¿CORRESPONDE INTERPRETAR EL CONTRATO A EFECTOS QUE REFLEJE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES?

EL CONSORCIO ha señalado en la audiencia de informes orales, que el Tribunal Arbitral debe interpretar el contrato y no modificarlo.

EL CONSORCIO en sus alegatos ha señalado los siguientes supuestos en relación a que la fórmula polinómica no refleja la voluntad de las partes, señala:

- Las partes quisieron pacta que la maquinaria operada se reajuste con el o los índices que le corresponden, para así reflejar la verdadera variación de precios del petróleo diésel y del operador.
- De amparar su posición, el Tribunal no tendría que modificar el pacto entre las partes, lo único que tendría que modificar es la representación gráfica de dicho pacto en el texto del contrato.

- Lo que tendría que hacer el Tribunal Arbitral es interpretar cual fue la verdadera voluntad de las partes a partir de los documentos aportados en proceso.
- Luego de haber interpretado cual fue la verdadera voluntad o pacto de las partes, lo que tendría que verificar el Tribunal Arbitral es si dicho pacto se encuentra o no reflejado en el texto mismo de la fórmula polinómica. Si no está reflejado correctamente, lo que tendría que hacer es corregir, el texto del contrato (es decir, la representación gráfica de la fórmula polinómica), que señalan es distinto a modificar la voluntad de las partes.

MESSINEO, refiriéndose a la interpretación expresaba ***"Se trata, en suma, de establecer lo que las partes han querido realmente, para dirimir, de este modo, un conflicto que nace de su discrepancia. Cuando ella no existe nada hay entonces por interpretar y las partes simple y llanamente cumplen y deben cumplir las obligaciones asumidas."***³ La posición que hoy prevalece tanto a nivel doctrinario como legislativo es aquella que postula que todo contrato por más puro que parezca -que por cierto es casi una utopía- necesita ser interpretado. Es decir, siempre se debe interpretar un contrato aunque sus cláusulas aparezcan claras o diáfanas.⁴

Interpretar significa buscar y encontrar el sentido de una declaración de voluntad. La problemática en la interpretación de los contratos surge cuando las partes están en desacuerdo sobre los términos y alcances de una relación obligacional.

La interpretación asimismo, es una actividad dirigida a averiguar el sentido de una declaración o comportamiento negocial, y sus efectos jurídicos.⁵

El Artículo 168° del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

El artículo 1361° del Código Civil dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla.

EL CONSORCIO ha señalado que la fórmula polinómica es errónea y en consecuencia, no responde a la voluntad de las partes, por lo que de acuerdo a

³ Citado por MAX ARIAS-SCHREIBER "Exégesis del Código Civil Peruano, Editorial MAX ARIAS-SCHREIBER, Lima 2000.

⁴ CHANG ARIAS, Guillermo Andrés. La interpretación del contrato en el Derecho Peruano. Revista Derecho y Cambio Social N° 13.

⁵ Díaz de Lezcano Sevillano, Ignacio. "La interpretación del negocio jurídico"

lo expresado en las normas antes señaladas, corresponde que acredite cual era la real voluntad de las partes.

LA ENTIDAD no ha reconocido la existencia del error y ha señalado, que EL CONSORCIO ha estado en posibilidad de cuestionar el mismo en la etapa de selección.

El Tribunal Arbitral de los argumentos y los documentos presentados por las partes, llega a la convicción que EL CONSORCIO no ha acreditado, que la real voluntad de las partes en relación a la fórmula polinómica sea la que se encuentra establecida en el contrato, no pudiendo en consecuencia modificar la misma, vía la interpretación del contrato, por lo que no corresponde amparar su pretensión.

4.2.3. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar a quién corresponde asumir el pago de los costos que irrogue el presente arbitraje.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. 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 prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes convinieron, en relación a los costos del arbitraje, asumir los costos en proporciones iguales; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Estando a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral LAUDA:

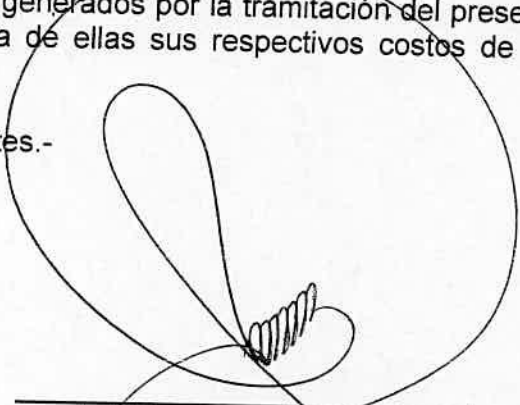
PRIMERO.- DECLARANDO INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por PROVIAS NACIONAL.

SEGUNDO.- DECLARANDO INFUNDADA la primera pretensión principal de EL CONSORCIO. En consecuencia, no corresponde que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'591,508.41 nuevos soles, más el IGV, los reajustes y los intereses que devenguen hasta la fecha

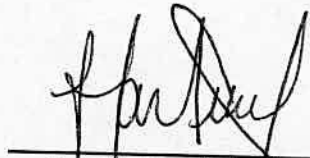
efectiva del pago, por efecto de la distorsión en la fórmula polinómica del expediente técnico.

TERCERO.- DECLARANDO **INFUNDADA** la segunda pretensión de EL CONSORCIO, y; **DISPONIENDO** que ambas partes asuman en partes iguales los gastos arbitrales generados por la tramitación del presente proceso arbitral; asumiendo cada una de ellas sus respectivos costos de asesoría y defensa técnica incurridos.

Notifíquese a las partes.-



Dr. Horacio Cánepa Torre
Presidente

Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Árbitro

Dr. Richard Martín Tirado
Árbitro