

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 27 de abril de 2016

DEMANDANTE:

OBRASCÓN HUARTE LAIN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ (en adelante, el Demandante, o el Contratista)

DEMANDADO:

Provías Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Provías Nacional, el Demandado, o la Entidad)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

SECRETARÍA ARBITRAL

Carla de los Santos López

RESOLUCIÓN N° 102

VISTOS:

I.- ANTECEDENTES

1. Con fecha 22 de marzo de 2010, el Demandante y la Entidad, celebraron el Contrato N° 095-2010-MTC/20 – “Rehabilitación y mejoramiento de la Carretera Ayacucho - Abancay, Tramo: Km. 154+000 al Km. 210+000” (en adelante, el Contrato).
2. En el Contrato se estableció una cláusula arbitral. Como consecuencia de las controversias presentadas entre las partes el Contratista remitió la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en el Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO



Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 15 de enero de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.
2. Mediante Escrito presentado con fecha 05 de febrero de 2013 el Contratista interpuso demanda contra la Entidad.
3. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 02, corriéndose traslado a la Entidad para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de quince (15) días hábiles conforme a lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
4. Mediante Resolución N° 04 el Tribunal admitió la acumulación solicitada por el Contratista consistente en las controversias derivadas del reconocimiento y pago los trabajos de mejoramiento efectivamente realizados por el Contratista a lo largo de la ejecución de la obra otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su demanda acumulada.
5. Posteriormente, mediante escrito N° 2 presentado el 5 de marzo de 2013, la Entidad formuló excepción de incompetencia contra la primera pretensión principal de la demanda y excepción de caducidad contra la segunda pretensión principal de la demanda. Asimismo, contestó la demanda. Mediante Resolución N° 06 se resolvió tener por absuelto el traslado conferido y poner en conocimiento del Contratista las excepciones de incompetencia y caducidad interpuestas por la Entidad para que, en un plazo de quince (15) días hábiles exprese lo conveniente a su derecho.
6. Seguidamente, mediante escrito presentado el 27 de marzo de 2013, el Contratista presentó su demanda producto de la acumulación solicitada la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 10 corriéndose traslado a la Entidad.
7. El 30 de abril de 2013 (escrito No.5) la Entidad formuló excepción de incompetencia contra la cuarta pretensión principal de la demanda acumulada y contra la primera y segunda pretensiones subordinadas a la cuarta pretensión principal; asimismo contestó la demanda acumulada.

2
a

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

8. Por otro lado, mediante escrito presentado con fecha 14 de mayo de 2013, la Entidad solicitó al Tribunal Arbitral acumular la siguiente pretensión:

"Que no procede la liquidación del Contrato N° 095-2010-MTC/20 mientras existan controversias pendientes; en consecuencia, se deje sin efecto las Cartas N°s 1640-2012-O-OHL-CAA-tlv del 08/02/2013 y OHL/GG-013-2013 del 22/04/2013."

9. Al respecto, mediante la Resolución N° 17 el Tribunal resolvió correr traslado al Contratista de la solicitud de acumulación presentada por la Entidad para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada exprese lo conveniente a su derecho.
10. El 27 de mayo de 2013 el Contratista se pronunció al respecto indicando que aceptaba la acumulación propuesta por la Entidad siempre y cuando la Entidad acepte la acumulación planteada por ellos.
11. Posteriormente, mediante Resolución N° 22, el Tribunal Arbitral, considerando que no existe acuerdo entre las partes respecto a las solicitudes de acumulación, declaró no ha lugar las solicitudes de acumulación formuladas por las partes mediante escritos presentados el 14 y 27 de mayo de 2013.
12. El Tribunal Arbitral citó a las partes a la audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de medios probatorios a realizarse el día miércoles 3 de julio de 2013. Se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 5'653,063.98 (Cinco Millones Seiscientos Cincuenta y Tres Mil Sesenta y Tres con 98/100 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.*

2. *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 1'680,969.40 (Un Millón seiscientos ochenta mil novecientos sesenta y nueve con 40/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los*

mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de sus recursos.

3. *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.*

3.1 *En caso se desestime lo requerido en el punto 3, determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, como consecuencia de los daños producidos al Contratista vinculados a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.*

3.2 *En caso se desestime lo requerido en el punto 3, determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa vinculado a la ejecución de trabajos de mejoramientos de suelos y otros recibidos pero no pagados por la Entidad, en los términos señalados en la presente pretensión.*

4. *Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.*

13. Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2013, el Contratista solicitó a la Entidad la exhibición de todos los

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

documentos que utilizó para la elaborar la Fórmula Polinómica (en adelante, Fórmula Polinómica), entre los cuales se encuentra la Base de Datos (en formato S10).

14. Por Resolución N° 30 de fecha 5 de agosto de 2013, se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada dicha resolución exprese lo conveniente a su derecho.
15. Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2013, la Entidad se opuso a la exhibición solicitada por el Contratista señalando que dicha documentación fue entregada al momento de adquirir las bases de la LP N° 021-2009-MTC/20.
16. El Tribunal Arbitral resolvió declarar no ha lugar la oposición formulada por la Entidad mediante escrito presentado el 3 de agosto de 2013.
17. Mediante escrito N° 21 presentado por la Entidad el 26 de agosto de 2013, la Entidad informó sobre la inobservancia del deber de declaración del árbitro Miguel Grau Quinteros, la misma que se puso en conocimiento del árbitro mediante Resolución N° 33.
18. El 28 de agosto de 2013 el árbitro Miguel Grau Quinteros se pronunció sobre el cuestionamiento de la Entidad.
19. El 5 de setiembre de 2013, la Entidad expresó lo conveniente a su derecho sobre el escrito presentado por el señor árbitro Miguel Grau Quinteros. Mediante Resolución N° 37 se otorgó al referido árbitro un plazo de 10 días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
20. Mediante Resolución N° 40 el Tribunal citó a las partes a Audiencia para el día miércoles 23 de octubre de 2013 a 09:00 horas en la sede del Tribunal Arbitral con la finalidad que las partes expongan su posición respecto a la recusación formulada.
21. Posteriormente, mediante Resolución N° 41 el Tribunal citó a las partes a Audiencia para el miércoles 20 de noviembre de 2013 a 09:00 horas en la sede del Tribunal Arbitral, con la finalidad que las partes expongan su posición respecto a la exhibición por parte de la Entidad de todos los documentos que utilizó para la elaborar la Fórmula Polinómica, entre los cuales se

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

encontraría la Base de Datos (en formato S10). Esta audiencia fue reprogramada mediante Resolución N° 44 para el día lunes 25 de noviembre de 2013.

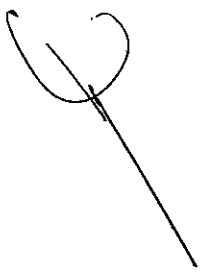
22. Mediante Resolución N° 45 el Tribunal Arbitral resolvió (i) declarar improcedente la recusación formulada por la Entidad contra el Dr. Miguel Grau Quinteros, Presidente del Tribunal Arbitral en razón de su participación como árbitro en otros tres (3) procesos arbitrales contra la Entidad patrocinadas por el Estudio Pizarro Botto & Escobar Abogados e (ii) infundada en razón de que no incumplió con el deber de revelación respecto de que trabajó como asociado en el Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria en la misma fecha que el abogado Luis Pizarro (socio fundador del Estudio Pizarro Botto & Escobar Abogados) fue socio.
23. Seguidamente, mediante Resolución N° 47 el Tribunal Arbitral citó a las partes a Audiencia de Sustentación de las Pericias de la Segunda Pretensión Principal para el día jueves 19 de diciembre de 2013, la misma que fue reprogramada para el día miércoles 29 de enero de 2014.
24. Posteriormente, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 52, citó a las partes a Audiencia de Sustentación de Pericia para el viernes 7 de marzo de 2014, la misma que fue reprogramada para el día martes 1 de abril.
25. Mediante escrito N° 50 presentado el 9 de enero de 2015, la Contratista amplió los términos de su primera pretensión principal y solicitó se amplíen y/o modifiquen los puntos controvertidos. Al respecto, mediante Resolución N° 79 de fecha 22 de enero de 2015, se puso en conocimiento de la Entidad el escrito N° 50.
26. La Entidad se opuso a la solicitud de ampliación de la primera pretensión, razón por la cual mediante Resolución N° 80 de fecha 11 de febrero de 2015, se puso en conocimiento del Contratista a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
27. Mediante escrito N° 52 la Entidad absolvió el traslado de la Resolución N° 80.
28. Por Resolución N° 83, el Tribunal declaró infundada la oposición a la solicitud de ampliación de pretensión admitiendo la

modificación propuesta por el Contratista. Por lo tanto, los puntos controvertidos fueron modificados de la siguiente manera:

- 1) *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 12'001,440.51 (Doce Millones Mil Cuatrocientos cuarenta con 51/100 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, por ser contraria a la normativa aplicable, el acuerdo de las partes y/o a los argumentos señalados en la presente demanda.*

En vista de lo anterior, corresponderá analizar si la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico tal como se encuentra presentada es contraria a la normativa o a la voluntad de las partes y cuál sería la consecuencia jurídica de ello.

- 2) *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 1'680,969.40 (Un Millón seiscientos ochenta mil novecientos sesenta y nueve con 40/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de sus recursos.*

- 
- 3) *Determinar si corresponde o no que PROVIAS NACIONAL reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.*

3.1. En caso se desestime lo requerido en el punto 3, determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, como



Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

consecuencia de los daños producidos al Contratista vinculados a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

3.2. En caso se desestime lo requerido en el punto 3, determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa vinculado a la ejecución de trabajos de mejoramientos de suelos y otros recibidos pero no pagados por la Entidad, en los términos señalados en la presente pretensión.

4) Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

29. Seguidamente, mediante Resolución N° 88 el Tribunal otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.

30. Posteriormente mediante Resolución N° 90 el Tribunal Arbitral otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que las partes absuelvan recíprocamente las alegaciones y conclusiones finales.

31. Mediante Resolución N° 91 el Tribunal citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el jueves 20 de agosto de 2015 a 16:00 horas.

32. Finalmente mediante Resolución N° 100 el Tribunal declaró el cierre de la instrucción y fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de prorrogar dicho plazo por un término de treinta (30) días hábiles adicionales de considerarlo necesario, a su sola discreción. Dicho plazo fue prorrogado por Resolución N° 101.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que se interpuso recusación contra dos de los miembros del Tribunal Arbitral, sin embargo dicha recusación fue desestimada.
- (iii) Que el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, y dicha parte presentó su contestación de demanda así como la contestación de las acumulaciones dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier Resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos acordados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

1. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el arbitraje.

2. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

3. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

4. El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia,

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

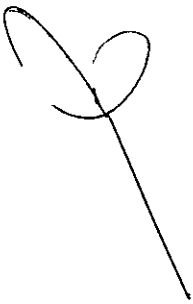


5. Debe precisarse que los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo los puntos controvertidos.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR EL CONTRATISTA

En relación a la Primera Pretensión Principal

Que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 12'001,440.51 (Doce Millones Mil Cuatrocientos Cuarenta con 51/100 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, por ser contraria a la normatividad aplicable, al acuerdo de las Partes y/o a los argumentos señalados en la presente demanda.

- 
1. El Contratista sostiene que la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico, tal como está representada, tiene una distorsión. Esta distorsión consiste en que la Fórmula Polinómica no refleja la real variación en los precios (inflación) del petróleo (como combustible o diésel de la maquinaria) ni de la mano de obra necesaria para operar la maquinaria (operador).
 2. Así, manifiesta que el costo de la maquinaria tal y como está incluida en el Presupuesto de la Obra (sea esta nacional o importada) tiene dos (2) componentes: costo de posesión, relacionado con aquellos que dependen del costo inicial del equipo y que se incurren por el mismo hecho de "poseer" la maquinaria. En la Fórmula Polinómica, señala dicha parte, este insumo debe reajustarse con el índice unificado (IU) 48 o 49; y costo de operación, que incluye aquellos costos asociados directamente con la utilización
- 
- 

efectiva del equipo en labores productivas, es decir, los costos que se incurren por "operar" la maquinaria.

3. Según señala el Contratista el costo maquinaria tiene principalmente dos componentes: mano de obra para operar la maquinaria ("Operador"), que en la Fórmula Polinómica debe reajustar con el IU 47; y petróleo como combustible para operar la maquinaria ("petróleo diésel") que en la Fórmula Polinómica debe reajustar con el IU 53.
4. En ese sentido, el Contratista sostiene que cuando se considera sólo el costo de posesión de la maquinaria, estaremos frente a un costo de maquinaria sin operar. En cambio, estaremos frente a un costo de maquinaria operada (que la Entidad denomina "alquiler de maquinaria") cuando se tome en cuenta tanto el costo de posesión como el costo de operación.
5. Asimismo, señala el Contratista que lo que ha pasado es que la Fórmula Polinómica, tal como se encuentra representada, reajusta al petróleo diésel y al operador con un índice que no le corresponde, que es el índice de la maquinaria. En otras palabras, el Contratista sostiene que la Fórmula Polinómica reajusta maquinaria operada con un índice que corresponde al de maquinaria sin operar.
6. Por tanto, según el Contratista, el costo de la maquinaria operada (que incluye el costo de la maquinaria en sí misma, el petróleo diésel para operarla, y el Operador de la misma) ha sido reajustado con el índice de maquinaria sin operar (IU 49). A ello, el Contratista denomina distorsión y es precisamente lo que ha generado que, en la Obra, no se refleje correctamente el reajuste del petróleo diésel ni del operador.
7. El Contratista manifiesta que esta situación fue advertida durante la ejecución de los trabajos mediante la Carta N° 1216-2012-O-OHL-CAA-tTL de fecha 3 de abril de 2012.
8. Asimismo, el Contratista manifiesta que tan real fue la situación advertida, que la distorsión de la Fórmula Polinómica ha sido validada también por el perito, Ingeniero Walter Vicente.

9. De esa forma, para el Contratista, en este arbitraje se encuentra plenamente acreditado que la Fórmula Polinómica, tal como se encuentra representada, tiene una distorsión que consiste en el hecho objetivo que el petróleo diésel y el operador se han reajustado con un índice que no le corresponden (con el índice de la maquinaria). Esto, según el Contratista, ha generado que en sus valorizaciones no se refleje la real inflación de dichos insumos.
10. Que, por otro lado, el Contratista sostiene que la verdadera voluntad de las partes, al momento de celebrar el Contrato fue reajustar al petróleo diésel y al operador con el índice que le correspondía. Es decir, las partes firmaron el Contrato en el convencimiento que el índice de maquinaria (IU 48 e IU 49) reajustaba maquinaria operada y no maquinaria sin operar.
11. Al respecto, el Contratista sostiene que luego de las múltiples audiencias que se han producido en el presente caso, está probado que la Entidad también consideraba que el índice 49 reajustaba equipo operado. Es decir, es posición del Contratista que ambas partes firmaron el Contrato bajo el firme convencimiento que el índice de maquinaria reajustaría la maquinaria como si fuese operada.
12. Asimismo, el Contratista señala que el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI precisó lo que ellos han probado en este arbitraje: que el índice de la maquinaria no reajustaba ni al petróleo diésel ni al operador.
13. Precisa que el Tribunal Arbitral no tendría que modificar la Fórmula Polinómica sino sólo interpretar los antecedentes y declaraciones de las partes en el arbitraje para determinar cuál fue su verdadera voluntad.
14. Señala también que la posición de la Entidad es que las partes de manera consciente e intencionada pactaron reajustar maquinaria operada con maquinaria sin operar. Es decir, según el Contratista, para la Entidad el pacto real fue reajustar al petróleo diésel y al operador con el índice de maquinaria (IU 48 e IU 49), pese a que se ha probado que el índice de maquinaria no incluye operación.

15. Así el Contratista indica que ese no ha sido el pacto, y que la representación gráfica de la Fórmula Polinómica no refleja la real intención de las partes, por los antecedentes que han presentado y que forman parte del expediente arbitral, y por la propia declaración de la Entidad en el arbitraje.
16. Que, asimismo, el Contratista ha indicado que existe reconocimiento legal y contractual para reconocer el monto reclamado, toda vez que el reconocimiento del monto que han demandado nace del propio pacto de las partes.
17. Señala que la Entidad es responsable por la elaboración del Expediente Técnico, que incluye a la Fórmula Polinómica; y que al ser ella responsable, entonces debe responder por la distorsión probada en la misma.
18. Desde el punto de vista del Contratista, al existir una distorsión (acreditada y no controvertida por su contraparte) en la Fórmula Polinómica, consideran que se les ha generado un daño traducido en la ruptura del equilibrio económico financiero del Contrato.
19. En esa línea, manifiesta que no existe mejor ejemplo para referirse a un supuesto de equilibrio económico financiero del Contrato, que no sea refiriéndose precisamente a la Fórmula Polinómica. En otras palabras, para el Contratista no es casualidad que en el Expediente Técnico se haya incluido una Fórmula Polinómica con la finalidad de preservar el equilibrio económico financiero del Contrato.

En relación a la Segunda Pretensión Principal

Que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 1'680,969.40 (Un Millón Seiscientos Ochenta Mil Novecientos Sesenta y Nueve con 40/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de nuestros recursos, tal como se explica en la presente pretensión.

1. Al respecto, el Contratista manifiesta que no está reclamando conceptos vinculados a la mayor permanencia en la obra (gastos generales) sino los costos por la improductividad de sus recursos.

2. Así, indica que si se revisa el presupuesto de la obra, se apreciará que el Contratista separó los costos directos de los costos indirectos (gastos generales fijos y variables).
3. Indica además, el Contratista, que esta diferencia también ha sido confirmada por ambos peritos, el ingeniero Walter Vicente Montes, perito del Contratista, y el ingeniero Carlos Carhuavilca Mechato, perito de la Entidad.
4. Del mismo modo, el Contratista sostiene que el perito de la Entidad también ha confirmado, en las páginas 9 y 10 de su Dictamen Pericial (ofrecido por la Entidad en su escrito N° 18 de fecha 16 de agosto de 2013), que dentro de los costos directos se encuentra la mano de obra y el equipo y mediante ampliaciones de plazo solamente se reconocen costos indirectos.
5. Es en ese sentido el Contratista arguye que está claro que el reclamo del Contratista no está relacionado con el reconocimiento de la mayor permanencia en la obra, concepto reconocido mediante gastos generales, sino más bien con los mayores costos directos incurridos por la improductividad de su maquinaria y mano de obra.
6. Así entonces, el Contratista solicita el reconocimiento de los mayores costos (costos directos) que tuvo que asumir entre septiembre de 2010 y agosto de 2012, como consecuencia de tener improductivos los recursos de mano de obra y equipo al ocurrir una serie de eventos que ajenos a su responsabilidad.
7. Manifiesta que durante la ejecución de una obra pueden presentarse distintas situaciones que afectan la ejecución regular de los trabajos considerados en el calendario de avance de obra, circunstancias que en algunos casos podrán afectar la ruta crítica y en otros no; sin embargo, en cualquiera de estos casos el Contratista indica que sufre un impacto, pues sea trabajo crítico o no, la mano de obra y el equipo asignado para ejecutar esos trabajos programados en el calendario de avance de obra, por causas ajenas a su voluntad, no podrán cumplir sus funciones. El Contratista sostiene que este costo directo es el que reclama.

8. Asimismo alega que si hay un supuesto en el que no caben dudas sobre la ocurrencia de este perjuicio es, precisamente, cuando se afecta la ruta crítica de la obra y la Entidad aprueba ampliaciones de plazo como consecuencia de dicha afectación. Ello en tanto ha sido la misma Entidad quien ha comprobado que por razones ajenas al Contratista no se han podido ejecutar los trabajos programados en el calendario de avance de obra. Entonces, para el Contratista, si la misma Entidad ha verificado la ocurrencia de eventos que le impiden al Contratista ejecutar los trabajos, no existe mejor prueba que permita acreditar que la mano de obra y el equipo que estaba asignado a la ejecución de esos trabajos que no pudieron realizarse se mantuvo improductivo por causas que escapan de la responsabilidad del Demandante.
9. Del mismo modo, el Contratista manifiesta que, tomando en cuenta que la Entidad confirmó que existieron partidas que se vieron afectadas por circunstancias ajenas (lluvias extraordinarias y un paro), es claro que los recursos que de acuerdo al Contrato debían ejecutar esos trabajos se mantuvieron improductivos.
10. El Contratista indica también que la ocurrencia de este perjuicio no fue comunicada de manera sorpresiva a la Entidad, como sugiere la Demandada, sino, por el contrario, que dejó constancia en el cuaderno de obra.
11. Señala también que la Entidad, al cuestionar el sustento de su reclamo, olvida algo trascendental: su propia voluntad contractual. Es decir, para el Contratista, si se revisa el Contrato se verá que el reconocimiento de mayores costos sí tiene un sustento que lo respalde pues las mismas partes al regular las circunstancias más importantes que podrían presentarse en la ejecución del Contrato, contemplaron la posibilidad que el Contratista reclame mayores costos.
12. En ese sentido, según el Contratista, estaría probado que hubo una paralización de los trabajos programados, quedando como es lógico sus recursos improductivos. Indica además que la 18.2.2 no exige la condición de paralización total de la Obra para reclamar mayores costos, por el contrario, es clara al indicar la "paralización de los trabajos", lo cual según dicha parte, sí se cumple en este caso pues los trabajos programados

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

según el calendario de avance de obra se paralizaron a causa de la ocurrencia de lluvias y el paro.

13. Por otro lado, el Contratista manifiesta que de las ampliaciones de plazo el Tribunal Arbitral podrá apreciar que todas fueron reconocidas por causas no atribuibles al Contratista o por caso fortuito o fuerza mayor, que en el fondo no es otra cosa que una causa no atribuible; y que si uno lee las resoluciones que aprueban estas ampliaciones observará como la propia Entidad califica a las lluvias de inusuales o extraordinarias.
14. Que, en ese sentido, para el Contratista, la ocurrencia de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor ha sido comprobada por la misma Entidad y lo que quedaría pendiente, conforme a lo acordado por las partes en la Cláusula 18.2.2, es que éstas se pongan de acuerdo en la determinación de los mayores costos.
15. El Contratista sostiene también que no existe un procedimiento prescrito en la Ley o el Reglamento respecto del trámite de un reclamo por mayores costos. Por tanto, si no existe un procedimiento reglado, menos existe una metodología de cálculo aplicable.
16. De este modo, según el Contratista, ante la falta de regulación, lo que se debe buscar es lograr una metodología de cálculo que sea técnicamente correcta y permita determinar los costos por equipo y mano de obra sufridos por el Demandante en los distintos días en los que no pudo ejecutar los trabajos programados entre el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y agosto de 2012.

En relación a la Tercera Pretensión Principal

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

1. Al respecto, el Contratista afirma con absoluta certeza que la ejecución de los mayores trabajos de mejoramiento eran absolutamente necesarios para garantizar la calidad de la obra.
2. Es decir, según el Contratista, no se trata de la ejecución de unos trabajos por simple capricho del Contratista sino que por el contrario su ejecución fue probadamente necesaria.
3. Así entonces, el Contratista señala que la primera razón para afirmar que fueron necesarios es que la Entidad autorizó una serie de presupuestos adicionales en los que autorizó mayores profundidades. En segundo lugar, manifiesta que fueron necesarios porque así lo ha reconocido la propia supervisión tanto en ejecución del Contrato, como en el presente arbitraje.
4. El Contratista sostiene además que durante la ejecución de los trabajos, dejó constancia en reiterados asientos sobre la necesidad de mayores trabajos de mejoramiento: Asientos N° 589 del 9 de marzo de 2011, N° 964 del 28 de julio de 2011, y N° 1966 del 23 de abril de 2012.
5. Asimismo, indica que durante la ejecución de los trabajos el supervisor dejó constancia de la necesidad de los trabajos, señalando de forma expresa que ha sido necesario profundizar en algunos casos a la profundidad propuesta inicialmente y en otros, a mayores profundidades.
6. El Contratista, afirma también que ha sido el propio supervisor (representante de la Entidad en la obra) quien ha indicado que los trabajos fueron necesarios para cumplir el Contrato ("para cumplir las especificaciones técnicas de obra").
7. De esa forma, para el Contratista, queda claro que en este arbitraje no se encuentra controvertido el hecho de que los trabajos ejecutados, y hoy demandados, por el Contratista fueron necesarios.
8. El Contratista sostiene también que, en el presente arbitraje, se ha probado que el volumen de trabajos reclamados corresponde a trabajos efectivamente ejecutados. En otras palabras, además de que han probado que los trabajos eran necesarios, lo cierto es que el Contratista –en los hechos– sí ejecutó el volumen de trabajos demandados.

9. Según el Contratista, la Entidad ha señalado que para dar validez al volumen ejecutado, se requiere la verificación del supervisor. Al respecto, para el Contratista el volumen ejecutado se encuentra probado en la medida que ha sido refrendado por el Supervisor.
10. Asimismo, el Contratista manifiesta que durante ejecución de los trabajos el Supervisor verificó la efectiva ejecución de los trabajos hoy demandados. Señala a que esta efectiva ejecución también se aprecia en las órdenes de trabajo en campo, se ha presentado con la pericia en el escrito N° 17 de fecha 20 de septiembre de 2013.
11. Según el Contratista el supervisor también ha confirmado la efectiva ejecución de los trabajos. Así, a través de la Carta N° 007-2013/HOB-1208-S/RL del supervisor presentada por la Entidad en su escrito N° 32 del 25 de octubre de 2013, indicó que el Contratista ha ejecutado los trabajos, y los ha ejecutado bien.
12. El Contratista señala también que los volúmenes ejecutados cuentan con el visto bueno del Supervisor, de manera que no es posible cuestionar su efectiva ejecución. Si la Entidad ponía como condición para reconocer la efectiva ejecución de los trabajos la respectiva verificación del supervisor, pues debe tener en cuenta que el Supervisor en diversos documentos ha validado su ejecución.
13. En ese sentido, el Contratista concluye que los volúmenes reclamados no son un invento suyo. Son, por el contrario, volúmenes que han sido validados por el supervisor quien supervisó la ejecución de los trabajos.

En relación a la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, como

consecuencia de los daños producidos al Contratista vinculados a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

1. El Contratista ha señalado que está claro que es obligación de la Entidad entregar un Expediente Técnico idóneo y ejecutable, compatible con la realidad y que esto se desprende de los artículos 13° de la Ley y 154° del Reglamento.
2. En ese sentido, el Contratista sostiene que la Entidad es responsable por la corrección del Expediente Técnico del Contrato, y también lo es respecto de los expedientes técnicos de los presupuestos adicionales.
3. Del mismo modo, el Contratista argumenta que las normas son absolutamente coherentes con la doctrina en la cual se asigna la responsabilidad por el expediente técnico a la Entidad.
4. En esa línea, el Contratista señala que en su demanda han probado que el Expediente Técnico tenía errores y que fue necesario que el Contratista ejecutara mayores trabajos de mejoramiento. De esa forma, para el Contratista, queda probado que la Entidad incumplió con su obligación de entregar un expediente técnico que se ajuste a la realidad.
5. El Contratista señala también que le correspondía a la Entidad tramitar los adicionales pues es la responsable por el expediente técnico.
6. En ese sentido el Contratista sostiene que cuando la Entidad señala que estarían intentando encubrir un reclamo de adicional de obra, lo que la Entidad no se da cuenta es que ella misma se está imputando un incumplimiento pues si admitieran la tesis de su contraparte ella estaría en situación de incumplimiento al no haber tramitado adecuadamente los presupuestos adicionales correspondientes.
7. Del mismo modo para el Contratista, el que la Entidad no haya tramitado adecuadamente los presupuestos adicionales y no haya recurrido a la vía contenciosa administrativa para cuestionar las decisiones de la Contraloría supone un incumplimiento a su deber de colaboración y buena fe contractual.

8. Que por tanto, según el Contratista, la Entidad incumplió cuando se le requirió que se estableciera un mecanismo de reconocimiento de los mayores costos, y la Entidad no hizo nada.
9. Ahora, según el Contratista, la Entidad se contradice toda vez que por un lado señala que los trabajos son necesarios, pero por otro lado indica que no los puede autorizar pues los procedimientos para reconocimiento y pago están incluidos en la norma.
10. Es por ello que el Contratista manifiesta que ello constituye un claro incumplimiento de su deber de colaboración y buena fe, pues señala que es requerimiento de la Entidad que se ejecuten los trabajos (porque son necesarios), pero por otro lado, la propia Entidad señala que no les puede pagar por dichos trabajos.
11. Siguiendo en sus argumentos, para el Contratista, la Entidad tiene el deber de dirigir la Obra, a través del Supervisor, y de absolver las consultas que formule el Contratista. Este deber de dirección y de absolver consultas no sólo implica responder las consultas que se realicen, sino responder bien y dar una respuesta que solucione el problema detectado, en aplicación del principio de buena fe.
12. En ese mismo sentido, señala la Entidad que, de nada sirve pedir a la Entidad establecer un mecanismo para el reconocimiento y pago de los trabajos necesarios ejecutados, ya que ni siquiera se intentó preguntar a la Contraloría General de la República sobre los trabajos reclamados.
13. Por ello, para el Contratista, dar una respuesta como la brindada por la Entidad es contraria a la buena fe, por lo que señala que la Entidad incumple con su deber de dirección.

En relación a la Segunda Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones

Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa vinculado a la ejecución de trabajos de mejoramientos de suelos y otros recibidos pero no pagados por la Entidad, en los términos señalados en la presente pretensión.

El Contratista sostiene que han probado que: existe un enriquecimiento de la Entidad porque no ha pagado por los mayores trabajos cuya ejecución señala dicha parte haber probado. Según señala, existe un empobrecimiento del Contratista al no haber recibido pago hasta la fecha por estos trabajos.

Señala además que existe correlación entre el enriquecimiento de la Entidad y su empobrecimiento, precisando que no hay legítima causa para tal enriquecimiento de la Entidad en la medida que no se ha pagado por dichos trabajos.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA EFECTUADA POR PROVIAS NACIONAL

Respecto a la Primera Pretensión de la Demanda

Respecto a que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 5'653,063.98 (cinco millones seiscientos cincuenta y tres mil sesenta y tres con 98/100 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.

1. La Entidad señala que con la presentación de su propuesta técnica y económica, el Contratista aceptó las condiciones contractuales y dio su conformidad a la aplicación de la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico; por lo tanto, no es aceptable pretender modificar ex-post una Fórmula Polinómica cuando ya la obra ha concluido, alegando una supuesta distorsión que, de ser el caso, debió ser observada en su debido momento antes de presentar su propuesta, en la etapa de absolución de consultas o en la etapa de observaciones a las bases; y que si finalmente, según la evaluación del Contratista, la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico no le convenía sencillamente debió abstenerse de participar en el proceso de selección.

2. Asimismo, manifiesta que el Contratista ha presentado un informe pericial cuyo objetivo es corroborar que la Fórmula Polinómica, tal como se encuentra conformada, no refleja la inflación de los componentes detallados en su demanda.
3. Al respecto, la Entidad precisa que la referida pericia de parte no cumple con su objetivo, y más bien a lo que apunta es a modificar la Fórmula Polinómica contractual, tal como el propio perito lo menciona en los numerales 7.c.1) y 7.c.2), donde señala que para calcular los efectos generados por la distorsión de la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico, se debe elaborar un valor referencial desagregando previamente los precios de los tres (3) insumos que componen el costo de los equipos; y que luego se debe proceder a elaborar una nueva Fórmula Polinómica.
4. Asimismo, la Entidad manifiesta que la pericia ofrecida por el Contratista bajo el argumento de desagregar los precios de los tres insumos que componen el costo de los Equipos, modifica los coeficientes de incidencia de los monomios maquinaria (M), mano de obra (J) y petróleo (P); pero además modifica los coeficientes de incidencia de otros monomios que nada tienen que ver con el equipo. Tal es el caso de los monomios cemento asfáltico (CA), dólar (D) y gastos generales y utilidad (GGU).
5. Del mismo modo, indica que la pericia llega al extremo de hacer desaparecer el monomio dólar (D) y de incrementar sin ningún sustento el coeficiente de incidencia del monomio cemento asfáltico (CA) de 0.081 a 0.149. La Entidad indica que coincidentemente, en el periodo que va desde la fecha del valor referencial (agosto 2009) hasta la fecha de recepción de obra (noviembre 2012), de acuerdo a los índices publicados por el INEI, el insumo dólar tuvo una variación negativa de -5.4%, mientras que el insumo cemento asfáltico fue el que tuvo un incremento de 50.6%, siendo el insumo que mayor incremento de precio tuvo; es decir, se elimina el monomio dólar, cuyo insumo tuvo una variación de precio negativa, y se incrementa injustificadamente el coeficiente de incidencia del monomio cemento asfáltico, cuyo insumo tuvo la máxima variación de precio, lo que evidentemente da lugar a una Fórmula Polinómica que minimiza lo que al Contratista no le conviene y maximiza lo que sí le beneficia.

6. Que por otro lado, la Entidad sostiene que otro aspecto que es necesario mencionar es que la pericia del Contratista al desagregar la maquinaria en petróleo y operador al interior de cada análisis de precio unitario modifica el precio del insumo petróleo, llegando al punto de considerar distintos precios para el mismo insumo petróleo al interior de un mismo análisis de precio unitario; al respecto, la Entidad señala que tal sería el caso de la partida 205.D (donde consideró precios de galón de petróleo de S/. 188.54 y S/.111.53) y de la partida 225.A (donde consideró precios de galón de petróleo de S/. 87.42, S/. 110.45 y S/. 10.45), siendo el precio contractual del galón de petróleo igual a S/. 9.96.
7. La Entidad manifiesta también que la Entidad nunca señaló ningún lineamiento ni exigió al Contratista cómo debería hacer su peritaje. Lo que la Entidad señala es que observó las incongruencias y errores de la pericia realizada por el perito Wálter Vicente Montes, y la forma como éste modificaba los coeficientes de los monomios de la Fórmula Polinómica, con un claro favorecimiento al Contratista.
8. Indica también que siempre señaló que la Fórmula Polinómica es contractual y no se puede modificar; por lo tanto, el hecho que se hayan efectuado observaciones y críticas al peritaje de parte presentado por el Contratista de ninguna manera debe ser tomado como lineamientos o exigencias de la Entidad para que el Contratista presentara un nuevo cálculo, cuando su pericia inicial había sido desvirtuada totalmente.
9. Por otro lado, la Entidad sostiene también que la Fórmula Polinómica del Expediente Técnico fue elaborada de conformidad con el Decreto Supremo N° 011-79-VC, que es la norma que rige la elaboración y aplicación de las Fórmulas Polinómicas de reajuste automático, la cual en su artículo 2° define al equipo de construcción como *"las maquinarias, vehículos, implementos auxiliares y herramientas que emplea el Contratista durante el proceso constructivo de la obra"*.
10. La Entidad sostiene que en la Norma Técnica "Elementos para la Determinación del Costo Horario de los Equipos y la Maquinaria del Sector Construcción", se señala que el costo del equipo se divide en: costo de posesión y costo de operación, y los elementos mínimos a incluirse para cada uno de ellos son: para el costo de posesión: depreciación (uso del mismo),

seguros, impuestos, interés de capital invertido, almacenaje, etc.; para el costo de operación: operador especializado (mano de obra), combustible, mantenimiento y reparación, lubricante, grasas, filtros, llantas o neumáticos, piezas de desgastes y herramientas de corte.

11. Que, para la Entidad, a partir de los conceptos expuestos precedentemente, se establece que el índice de precios para el equipo de construcción (maquinaria y equipo nacional e importado) considera la variación de precios del costo horario de los equipos y maquinaria; es decir, el costo de operación y el costo de posesión, debiendo precisarse que dentro del costo de operación está incluido el pago por el combustible y la mano de obra calificada (operador de equipo).
12. Indica además que el costo de alquiler, horario de los equipos y los índices unificados 48 y 49 para el reajuste del costo de alquiler de la maquinaria y equipo nacional e importado, han venido siendo utilizados en el Perú desde el año 1979 y por más de 30 años, siendo prueba de ello las diferentes publicaciones hechas principalmente por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), organismo que representa al gremio de empresas constructoras, siendo publicaciones que han servido de guía para la enseñanza académica de ingeniería en las universidades del país y para las consultoría de obras (cuyo representante es la Asociación Peruana de Consultoría), en particular en la elaboración de los expedientes técnicos de obras públicas.
13. Por otra parte, la Entidad manifiesta que a través del Oficio N° 079-2012-INEI/DTIE del INEI dirigida al Presidente del Consejo Directivo de la Cámara Peruana de la Construcción - CAPECO, se manifiesta que los índices unificados de maquinaria y equipo nacional (código 48) y de maquinaria y equipo importado (código 49), muestran la fluctuación promedio de los precios de venta de la maquinaria; es decir, no incorporan en su elaboración la valoración de precios del petróleo diésel y operario del equipo (mano de obra), por cuanto estos elementos son elaborados independientemente en los índices unificados de petróleo diésel (código 53) y de mano de obra (código 47).
14. Indica además la Entidad que mediante el Oficio N° 192-2013-INEI/DTIE del Jefe del Instituto Nacional de Estadística e

Informática (INEI), señaló que el índice unificado de maquinaria y equipo importado (código 49), muestra la fluctuación promedio de precios, y se refiere a la variación conjunta de dos variables exógenas relacionadas que se calcula como "la producción de relativos de dos indicadores externos: el IPP de maquinaria y equipo USA y el tipo de cambio (venta promedio bancario), por lo que están considerados implícitamente los precios de venta de maquinaria, así como el efecto cambiario".

15. Asimismo, la Entidad manifiesta que se debe tener en cuenta que el procedimiento de la obtención del índice unificado de maquinaria y equipo importado (código 49) no ha variado desde su creación, como se aprecia en la Resolución N° 012-83-VI-9200, en el cual precisa que el índice unificado 49 siempre se ha calculado en base al dólar y al índice de variación de -maquinaria -USA.

16. Señala también la Entidad que teniendo en consideración el Decreto Supremo N° 011-79-VC (donde se define el equipo de construcción como "las maquinarias, vehículos, implementos auxiliares y herramientas que emplea el Contratista durante el proceso constructivo de la obra"), el índice de precio para el equipo de construcción, sea maquinaria y equipo nacional e importado, debería ser la variación de precios del costo de alquiler (costo horario) de los equipos durante el proceso de ejecución de la obra y no el precio de venta de la maquinaria.

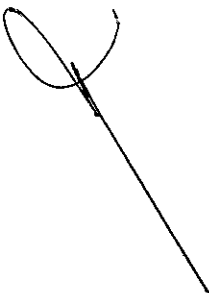
17. Por otro lado, la Entidad argumenta que el Informe N° 009-2013-INEI/DTIE-DEIPRE señala entre otras cuestiones que no existe en el Diccionario de Elementos de la Construcción un índice unificado referido a maquinaria y equipo importado por alquiler; sin embargo, en el artículo 6° del Decreto Supremo N°011-79-VC, se señala que cuando algunos elementos considerados como representativos, en la formula, no estuvieran incluidos en la publicación de CREPCO, se procederá a asimilarlos a otro elemento afín a los ya publicados.

18. Por lo tanto, para la Entidad, como no existe un índice unificado referido a maquinaria y equipo por alquiler (que incluye el costo de operación y posesión) se ha estado considerando como índice a los índices unificados de maquinaria y equipo nacional (código 48) y de maquinaria y equipo importado (código 49) debido a que es un elemento afín.

19. En conclusión, en la posición de la Entidad, lo que el Contratista busca es modificar la Fórmula Polinómica, y la forma como pretende sustentarlo, es alterando los análisis de precios unitarios, eliminando monomios que no le son favorables, como es el caso del dólar, e incrementado el coeficiente de incidencia de aquellos que le favorecen, tal es el caso del cemento asfáltico.

De la contestación a la segunda pretensión de la Demanda

Respecto a que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 1'807,900.65 (un millón ochocientos siete mil novecientos con 65/100 nuevos soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de sus recursos, tal como se explica en la presente pretensión.

- 
1. Sobre esta pretensión, la Entidad manifiesta que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento solamente considera el reconocimiento del pago de mayores gastos generales variables correspondiente a la ampliación de plazo otorgada y que no hay ninguna cláusula en la Ley ni en su Reglamento, ni en ninguna norma legal aplicable al presente Contrato, donde se establezca la obligación de la Entidad de pagar mayores costos directos al Contratista por el plazo adicional otorgado en la ampliación de plazo.
 2. La Entidad señala que otorgó 39 ampliaciones de plazo al Contratista por causales distintas a adicionales de obra, es decir que reconoció y pagó los mayores gastos generales variables, de conformidad con los artículos 202°, 203° y 204° del Reglamento; en consecuencia, el mayor costo que reclama el Contratista por la supuesta inmovilización de equipo y mano de obra, durante los días correspondientes a las 39 ampliaciones de plazo, no puede ser reconocido por la Entidad.
 3. Asimismo, la Entidad menciona que en el Contrato de Obra N° 095-2010-MTC/20 ni en las Bases Integradas de la L.P. N° 0024-2009-MTC/20, tampoco se hace mención al reconocimiento de costos directos al Contratista, ni equipo en *stand by* durante las ampliaciones de plazo otorgadas.

4. Indica además que en el presente caso, el Contratista no ha acreditado los supuestos mayores costos directos y/o daños derivados de la inmovilización de sus recursos durante las 39 ampliaciones de plazo que menciona en su demanda.
5. La Entidad señala también que si el Contratista pretende reclamar un supuesto perjuicio por haber tenido recursos inmovilizados durante las referidas ampliaciones de plazo debería demostrar que tal inmovilización de recursos (equipos y mano de obra) ocurrió en cada una de las 39 ampliaciones de plazo y que la forma de hacerlo es a través del cuaderno de obra en el cual debió anotarse en su oportunidad la relación de equipos y mano de obra afectada por los eventos que generaron las citadas ampliaciones de plazo así como el tiempo que supuestamente estuvieron inmovilizados.
6. Resalta también la Entidad que si el Contratista hubiera realizado las anotaciones en el cuaderno de obra, éstas hubieran obligado a que el Supervisor se pronuncie al respecto, quien de ser el caso, habría confirmado o no la supuesta inmovilización de equipos y mano de obra, por efecto de la ampliación de plazo.
7. Señala también la Entidad que el equipo mecánico que el Contratista tuvo en obra fue alquilado a terceros, equipo que durante el desarrollo de la obra presentó desperfectos en múltiples ocasiones y falta de abastecimiento de combustible, siendo realmente crítica la situación entre los meses de Agosto y Diciembre 2010, según informó el Supervisor a la Entidad a través de las fichas quincenales y de los informes mensuales
8. Que, la Entidad manifiesta que existen evidencias suficientes que demuestran que el Contratista tuvo muchos y serios problemas de desperfectos en su equipo mecánico, que tuvo problemas de equipo parado pero por falta de abastecimiento de combustible, que tuvo equipo parado por saturación de material de cantera que el Supervisor le advirtió que debía proteger y no lo hizo.
9. Por otra parte, la Entidad señala que la pericia presentada por el Contratista no demuestra cuales fueron los recursos (equipo y mano de obra) inmovilizados en cada una de las 39 ampliaciones de plazo, y lo que presenta es un cálculo ex-post

– después de que la obra ya concluyó –, a partir de los recursos “que debía haber tenido” de acuerdo al calendario de obra vigente.

10. La Entidad indica también que, según el Contratista la Entidad le debería reconocer el mayor costo de los recursos (equipo y mano de obra) que debía haber tenido en obra, pero que en realidad no los tuvo; y que no se debería tomar en consideración los equipos que el Contratista realmente tuvo en obra, lo cual resulta ser totalmente ilógico.
11. Ante ello, la Entidad precisa que lo correcto es identificar los recursos (equipo y mano de obra) que estuvieron en obra durante la ocurrencia de las causales y que supuestamente estuvieron inmovilizados para que la Entidad, de ser el caso, le reconozca al Contratista el costo real en que incurrió, más aun teniendo en cuenta que se trata de una obra a precios unitarios donde se paga lo realmente ejecutado. Por tanto, de manera similar, si hubo equipo y mano de obra inmovilizada, en el supuesto negado de que la Entidad tuviera que reconocer algún mayor costo por este concepto al Contratista, este mayor costo debería ser también el costo realmente incurrido.
12. Según la Entidad, el problema para el Contratista es que no tiene ningún sustento con qué acreditar cuáles fueron los equipos y mano de obra inmovilizados, y por ello recurre a un cálculo que se apoya en supuestos y estimaciones que se plasman en el cronograma de obra, supuestos que consideran el equipo con una operatividad al cien por ciento, cuando en la realidad se ha demostrado que el Contratista tuvo muchos problemas y desperfectos con sus equipos alquilados, y que ni siquiera ejecutó los trabajos tal como los había programado, por ello es que el Contratista menciona los “equipos que debió tener”, cuando lo que debería hacer es sustentar “los equipos que realmente tuvo”.
13. Por lo tanto, la Entidad manifiesta su desacuerdo con el criterio utilizado por el perito, porque si de lo que se trata es determinar el “mayor costo directo incurrido”, éste solo se puede determinar a partir de la maquinaria y mano de obra que efectivamente estuvo paralizada, lo cual debió ser debidamente sustentado por el Contratista y además contar con la conformidad de la Supervisión.

Respecto a la contestación de la cuarta pretensión de la demandante y sus pretensiones subordinadas

Respecto a que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/10 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

1. Al respecto, la Entidad manifiesta que en estricto cumplimiento del procedimiento y plazos establecidos en el artículo 207° del Reglamento, y en base a la información elaborada por el Contratista y revisada por la Supervisión, aprobó los presupuestos adicionales de obra N° 10 y N° 11 por S/. 13'891,600.40 inc. IGV y S/. 19'004,733.75 inc. IGV, respectivamente, los cuales contenían mayores metrados de mejoramiento de suelos a nivel de subrasante; y por tratarse de adicionales de obra cuya incidencia acumulada era superior al 15% del monto del Contrato original, de conformidad con el artículo 208° del Reglamento, se requirió la autorización de la Contraloría General de la República (Contraloría General de la República), previo a su ejecución y pago.
2. Indica también la Entidad que en ambos adicionales, la Entidad agotó la vía administrativa ante la Contraloría General de la República presentando los correspondientes recursos de apelación para la autorización final, sustentados en los informes técnicos del Contratista y de la Supervisión, y habiendo inclusive sostenido reuniones en las oficinas de la Contraloría General de la República con la participación de los técnicos del Contratista y de la Supervisión.
3. Señala también la Entidad que es importante recordar que los propios funcionarios de la Contraloría General de la República, en la audiencias realizadas los días 07 y 08 de abril de 2015, manifestaron ante este Tribunal Arbitral que evaluaron el sustento técnico de los mejoramientos de suelos elaborado por el Contratista, el mismo que fue revisado por la Supervisión, aprobado por la Entidad y tramitado ante la Contraloría General de la República para la autorización correspondiente; en consecuencia, para la Entidad, queda claro que presentó a la

Contraloría General de la República el sustento técnico elaborado por el Contratista; motivo por el cual, no es cierto que se diga que la falta de sustento es atribuible a la Entidad.

4. La Entidad manifiesta también que, de acuerdo a Ley, es facultad de la Contraloría General de la Republica autorizar la ejecución y pago de los adicionales de obra, debiendo la Entidad dar estricto cumplimiento a los pronunciamientos del Órgano Superior de Control.
5. Por tanto, la Entidad sostiene que se evidencia que la actuación de la Entidad se ha enmarcado dentro de los límites que establece la normativa de control, aplicable a los adicionales de obra.
6. La Entidad señala además que, el Contratista por iniciativa propia decidió ejecutar mejoramientos de suelos, en sectores y profundidades más allá de lo autorizado por la Contraloría General de la República.
7. Entonces, según la Entidad, y de la propia realidad de los hechos, se puede apreciar que fue el Contratista quien asumió por sí mismo el riesgo de ejecutar mayores metrados de mejoramientos de suelos, más allá de lo autorizado por la Contraloría General de la República, sabiendo que éstos no podían ser pagados por la Entidad.
8. La Entidad considera además que es importante hacer notar al Tribunal Arbitral que el Contratista sustenta su Cuarta Pretensión señalando que hizo mayores trabajos de mejoramiento debido a que las profundidades de mejoramiento aprobadas por Contraloría General de la República para la ejecución del Adicional de Obra N° 11 eran insuficientes, por lo tanto decidió hacer una mayor profundidad de mejoramientos.
9. La Entidad aclara que respecto a los mejoramientos en sectores no considerados en el Adicional de Obra N° 11 (ítem A), se debe precisar que en dichos sectores el Contratista no hizo ninguna profundización de mejoramientos sino que se trata de sectores nuevos no aprobados por la Entidad en ningún adicional y mucho menos autorizados por la Contraloría General de la República, por lo tanto no deben ser reconocidos; y que respecto a los mejoramientos ejecutados por el Contratista antes de la autorización de la Contraloría General de la

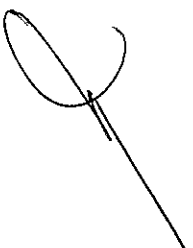
República (ítem C), se debe precisar que se trata de una transgresión del Contratista al artículo 208° del Reglamento, y lo que ha ocasionado es que la Contraloría General de la República no emita pronunciamiento sobre ellos, no habiendo autorización para su ejecución, por lo tanto para la Entidad se trata de trabajos no autorizados que deberían ser asumidos por la Demandante por su propia negligencia e incumplimiento de las normas legales que rigen el Contrato.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CUESTIONES PREVIAS

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA CONTRA LA PRIMERA PRETENSIÓN

1. En relación a la excepción planteada, previo a analizar los fundamentos que la sustentan, es pertinente indicar que la Ley de Arbitraje, en su artículo 41° inc. 1), establece claramente que es el propio Tribunal Arbitral quien debe decidir respecto de su competencia para resolver determinada materia en controversia (principio *Kompetenz Kompetenz*):



*"Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del Tribunal Arbitral
1) El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u 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. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)”²*

2. En relación al principio *Kompetenz Kompetenz*, el doctor Roque Caivano expresa que:

"Se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta ha sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto".³

² El subrayado es nuestro.

³ CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Editorial: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. Argentina, 2000. pp. 159 - 160.

3. Asimismo, Roger Rubio Guerrero -en relación al artículo 40° de la Ley de Arbitraje- precisa que:

"El Artículo 40° de la ley, sin salir del universo de la competencia de los árbitros, plantea ahora un enfoque distinto, nos presenta dos escenarios diferenciados, de un lado, la competencia sobre el fondo de la controversia, que comprende las cuestiones "conexas y accesorias" vinculadas a la materia principal y, de otro lado, la competencia para dictar reglas arbitrales complementarias."^{4 5}

4. Sobre la base de lo mencionado, queda claramente establecida la competencia de este Tribunal Arbitral para resolver en definitiva el cuestionamiento realizado por la Entidad (excepción de incompetencia), por lo que corresponde analizar cada uno de los fundamentos que sustentan la excepción.
5. La Entidad sustenta la excepción de incompetencia señalando que el Tribunal Arbitral no puede emitir pronunciamiento sobre el fondo de la primera pretensión debido a que versa sobre una controversia surgida en una etapa previa a la suscripción del Contrato, y porque, además, se pretende modificar el mismo.
6. Al respecto, el Convenio Arbitral aplicable al Contrato N° 095-2010-MTC/20 – "Rehabilitación y mejoramiento de la Carretera Ayacucho - Abancay, Tramo: Km. 154+000 al Km. 210+000" señala expresamente lo siguiente:

"18.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (...)."

7. Por otro lado, la primera pretensión es la siguiente:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 12'001,440.51 (Doce Millones Mil Cuatrocientos Cuarenta con 51/100 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, por ser contraria

⁴ RUBIO GUERRERO, Roger. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Editorial: Instituto Peruano de Arbitraje. Perú, 2011. pp. 454 - 468.

⁵ "Artículo 40°.- Competencia del tribunal arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas".

a la normatividad aplicable, al acuerdo de las Partes y/o a los argumentos señalados en la presente demanda.

OHL se reserva su derecho a solicitar la correspondiente ampliación del monto Demandado, conforme se devehguen los efectos de la distorsión en la Fórmula Polinómica, hasta la culminación del Contrato."

8. Al respecto, debemos recordar que las partes, estando a la autonomía de su voluntad, son libres de pactar, en la cláusula correspondiente del Contrato, el procedimiento para la resolución de sus controversias, siendo deber de este Tribunal Arbitral ceñirse a lo estipulado por ellas.
9. Del análisis literal del convenio arbitral y del petitorio antes citados se advierte que lo que pretende el Demandante con la primera pretensión es que el Tribunal Arbitral interprete la voluntad real de las partes respecto de una supuesta distorsión de la Fórmula Polinómica contenida en el Contrato y/o que se pronuncie sobre la ilegalidad de un extremo de éste.
10. Consecuentemente, y atendiendo a que, de acuerdo al convenio arbitral el Tribunal Arbitral puede resolver las controversias antes indicadas al estar expresamente previstas en el convenio antes acotado, declara INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la primera pretensión y, consecuentemente, emitirá pronunciamiento de fondo.

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD CONTRA LA SEGUNDA PRETENSIÓN

1. La Entidad señala que se han vulnerado los plazos de caducidad regulados en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
2. Ampara la excepción en los siguientes argumentos:
 - (i) Que el Demandante no habría solicitado el inicio del arbitraje transcurridos los 15 días hábiles siguientes de la notificación mediante la cual se le comunica que no procedía el reconocimiento de mayores costos por inmovilización de recursos; y

- (ii) Que el Demandante vulnera el plazo de caducidad establecido en el Reglamento, pues presentó la petición de arbitraje el 10 de diciembre de 2012 cuando el Contrato ya había culminado (la ejecución de los trabajos finalizaron el 4 de octubre de 2012) y su derecho a solicitar el arbitraje había caducado.
3. A fin de determinar si la excepción de caducidad deducida por la Entidad es fundada o no, este Colegiado debe establecer, en primer lugar, cual es el marco legal aplicable; en ese sentido, de acuerdo al Contrato la normativa aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, de manera supletoria, las normas de derecho público.
4. Precisa también que la convocatoria al proceso selección se realizó el año 2009 razón por la cual son de aplicación al Contrato las normas señaladas en el extremo considerativo precedente. Asimismo, señala que la Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, fue publicada el 1 de junio de 2012, siendo que la vigencia de dicha modificatoria se determinó en su segunda disposición complementaria final de la siguiente manera:
5. Consecuentemente, la Ley N° 29873 no es de aplicación al Contrato materia del cual se deriva la presente controversia.
6. El artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, establece que el arbitraje debe solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato:

"Las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en

cualquier momento anterior a la fecha de culminación del Contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad (...)."

7. A decir de este Colegiado, la Ley de Contrataciones del Estado establece, como plazo de caducidad para solicitar un arbitraje, la fecha de culminación del Contrato.
8. En relación a la fecha de culminación del Contrato, el artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

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

9. En ese mismo sentido, la Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado N° 107-2013/DTN concluye que:

"El vínculo contractual entre la Entidad y el contratista culmina cuando este último haya ejecutado la totalidad de las obligaciones a su cargo, incluyendo la prestación de las mejoras a las características y/o condiciones del servicio objeto del Contrato que se haya obligado, y la Entidad haya otorgado la conformidad de las mismas y realizado el pago correspondiente."⁶ (El subrayado es nuestro)

10. Es decir, la Ley de Contrataciones del Estado establece como plazo de caducidad para solicitar un arbitraje, el de la culminación del Contrato. Luego de dicho momento, deberían desestimarse por caducos los reclamos relacionados con las controversias suscitadas desde la suscripción del Contrato y durante su ejecución.⁷
11. Ahora bien, la fecha de culminación del Contrato, conforme la propia Ley indica, ocurre con la liquidación y el

⁶ Opinión N° 107-2013/DTN Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE de fecha 16 de diciembre de 2013.

⁷ PEÑA ACEVEDO, Juan. "Plazos de Caducidad para Solicitar el Arbitraje Administrativo en las Contrataciones Estatales del Perú" En "Panorama Actual de Arbitraje" Biblioteca de Arbitraje de Estudio Mario Castillo Freyre (Volumen 13) Palestra.2010 Pág.99.

pago correspondiente; en tal sentido, como se puede advertir de autos, la cuestión controvertida en el presente proceso arbitral deviene específicamente de los mayores costos; por lo tanto, y siendo que no existe consentimiento de la liquidación de la obra, no puede establecerse aún la culminación del Contrato.

12. De esta forma, siendo una de las controversias del presente arbitraje el reconocimiento de mayores costos, conforme la normativa aplicable (Ley de Contrataciones del Estado), no es de aplicación el plazo de caducidad, pudiendo el Demandante dar inicio al presente arbitraje hasta la culminación del Contrato que se verifica con la aprobación o consentimiento de la liquidación y pago correspondiente.
13. Del mismo modo, se debe indicar que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, no establece plazos de caducidad distintos al ya indicado, y mucho menos señala obligación alguna para que el Demandante inicie el arbitraje dentro de los quince (15) días siguientes a la denegación de mayores costos.
14. Por lo tanto, atendiendo que el Tribunal Arbitral no considera que en el presente caso se haya producido un supuesto de caducidad, procede a declarar INFUNDADA la excepción deducida por la Entidad contra la segunda pretensión y, consecuentemente, procede a emitir pronunciamiento de fondo.

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA CONTRA LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES SUBORDINADAS A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1. Las excepciones de incompetencia contra la cuarta pretensión principal, primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal y segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, serán analizadas de manera conjunta ya que guardan relación intrínseca.
2. Conforme se ha señalado, la Ley de Arbitraje establece claramente que es el Tribunal Arbitral quien debe decidir

respecto de su propia competencia para resolver determinada controversia, en aplicación del principio *Kompetenz Kompetenz*.

3. Teniendo en cuenta ello, la Entidad sustenta su excepción de incompetencia señalando que la cuarta pretensión principal tiene como objetivo cuestionar los adicionales de obra N° 10 y N° 11 sobre los cuales la Contraloría General de la República ha emitido pronunciamiento.⁸
4. Por su parte el Demandante afirma que lo que en realidad se ha demandado es el pago de una suma determinada por los trabajos de mejoramiento de la carretera, ejecutadas a favor de PROVIAS, y no se cuestiona la decisión de la Contraloría General de la República.
5. De acuerdo a lo establecido en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado: *"(...) La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden 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."*
6. Como ha señalado el Demandante, por defectos en el expediente técnico - mala calidad de suelos - se solicitaron los presupuestos adicionales N° 10 y N° 11, siendo que la Entidad aprobó la ejecución de los mejoramientos necesarios para dar solución al problema; sin embargo, la Contraloría General de la República aprobó mejoramientos por profundidades menores a las solicitadas por el Demandante y aprobadas por la Entidad (aprobándose únicamente mejoramientos por profundidades no mayores a 60 cm). Según señala el Demandante, se verificó que los 60 cm eran técnicamente insuficientes pues la calidad del suelo era deficiente. Por tal razón plantea las siguientes pretensiones:

"CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que se reconozca y pague la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos

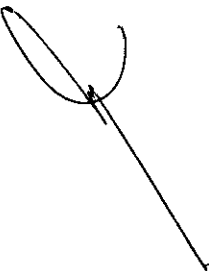

⁸ La Contraloría General de la República emite pronunciamiento por cuanto ya se había superado el límite de 15% que establece la normativa aplicable.

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión."

"PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, como consecuencia de los daños producidos al vinculados a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión."

"SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa vinculado a la ejecución de trabajos de mejoramientos de suelos y otros recibidos pero no pagados por la Entidad, en los términos señalados en la presente pretensión."

- 
7. Al respecto, este Colegiado considera que tanto los mayores costos, la indemnización por los daños producidos como el supuesto de enriquecimiento sin causa se vinculan directamente a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelo solicitados mediante adicionales de obra, trabajos que fueron materia de adicionales de obra superiores al 15%, que fueron tramitados por la Entidad y, además, materia de pronunciamiento por parte de Contraloría General de la República.
 8. En efecto, se advierte que el petitorio de la cuarta pretensión principal, la primera y segunda pretensión subordinadas a la cuarta pretensión principal, de una u otra manera cuestionan la decisión de la Contraloría General de la República pues persiguen un pedido de Adicional de Obra que ha sido previamente discutido y autorizado por la Contraloría General de la República al momento de aprobar los adicionales N° 10 y N° 11.
 9. Por lo tanto, al estar excluida, de manera taxativa, cualquier solicitud de Adicional de Obra, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, el Tribunal Arbitral concluye que las pretensiones planteadas por el Demandante no son materia arbitrable y, por ende, susceptibles de ser conocidas por un Tribunal Arbitral.
- 

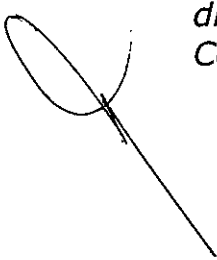
10. Por lo expuesto, se declara FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la cuarta pretensión principal, la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, y la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal; consecuentemente, no se emite pronunciamiento de fondo, dejando a salvo el derecho del Demandante para que lo haga valer en la vía correspondiente.

ANÁLISIS DE FONDO

ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que PROVIAS reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 12'001,440.51 (Doce Millones Mil Cuatrocientos Cuarenta con 51/100 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, por ser contraria a la normatividad aplicable, al acuerdo de las Partes y/o a los argumentos señalados en la presente demanda.

OHL se reserva su derecho a solicitar la correspondiente ampliación del monto Demandado, conforme se devenguen los efectos de la distorsión en la Fórmula Polinómica, hasta la culminación del Contrato."

- 
1. El Demandante pretende que el Tribunal Arbitral determine si corresponde el pago de una suma de dinero más reajustes e intereses por efecto de la alegada distorsión en la Fórmula Polinómica del expediente técnico, que sería contraria a la normativa aplicable y/o al acuerdo de las partes.
 2. El Demandante señala que el mecanismo de reajuste previsto está distorsionado, pues no refleja adecuadamente la inflación real del valor del petróleo diésel y la mano de obra destinada a operar los equipos porque la Fórmula Polinómica sólo incorporaba al petróleo diésel como insumo más no como combustible y, del mismo modo, sólo incorporaba la mano de obra como insumo directo pero no como operador de la maquinaria.
 3. Por su parte, la Entidad señala que la Fórmula Polinómica no fue objetada o cuestionada durante la etapa correspondiente

(proceso de selección) y que el Demandante no puede cuestionarla durante la etapa contractual (ejecución de Contrato) y, además, que el Demandante celebró el Contrato obligándose en todo y cuanto se contempla en dicho acuerdo, aceptando las condiciones expresadas en las bases.

4. Indica también que la pretendida modificación contraviene la ley y que el Tribunal Arbitral no puede alterar la Fórmula Polinómica.
5. A fin de resolver el presente punto controvertido, es necesario:
i) establecer si la Fórmula Polinómica es contraria a la normativa aplicable, y ii) interpretar la voluntad real de las partes sobre ésta.
6. Dicho ello, un aspecto que el Tribunal Arbitral estima pertinente abordar antes de pronunciarse, es el referido a la noción de Contrato, toda vez que de él se hace mención expresa de manera reiterativa en las alegaciones formuladas por las partes.
7. A estos efectos, considera conveniente señalar únicamente de manera referencial lo que el Código Civil señala en relación al Contrato. Así los artículos 1351° y 1402° indican:

"Noción de Contrato

Artículo 1351°.- El Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

"Objeto del Contrato

Artículo 1402.- El objeto del Contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones."

8. Cabe señalar que los Contratos son obligatorios para las partes, quienes al celebrarlos en mérito al principio de libertad contractual y respetando los límites de éste, se obligan a observar todo aquello a lo que se han comprometido, dando cabal cumplimiento a sus obligaciones conforme al artículo 1361° del Código Civil que señala:

"Obligatoriedad de los Contratos

Artículo 1361°.- 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 esa coincidencia debe probarla."

9. Sobre la fuerza vinculante del Contrato que debe ser observada y acatada por ambas partes, DOMÉNICO BARBERO ha señalado que:

*"El Contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el Contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales sean para ellas."*⁹

10. El Contrato consiste pues en un acuerdo entre dos partes que asumen riesgos determinados con el propósito de crear una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones con una finalidad específica, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

11. Tomando en consideración lo antes señalado, el Tribunal Arbitral considera que el Contrato puro y simple (entre los que se encuentra el Contrato de Obra) es un mero intercambio de titularidades a usos más eficientes (en términos económicos), teniendo como principio principal el *pacta sunt servanda*.

12. Sobre el particular, Manuel De la Puente y Lavalle señala que la obligatoriedad del Contrato comprende determinadas características jurídicas y deriva de la fuerza obligatoria reconocida por la ley y recogida en el acuerdo de voluntades -plasmado por las partes-, mediante su voluntad común recogida en el Contrato.¹⁰

13. De conformidad con lo establecido en el Contrato, la normativa aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, de manera supletoria, las normas de derecho público.

14. Asimismo, el numeral 3.3 del Contrato señala que las bases integradas de licitación, propuesta técnica y económica del Demandante, especificaciones técnicas y expediente técnico

⁹ BARBERO, Doménico, Sistema del Derecho privado, t. I, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, Pág. 612.

¹⁰DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel, "El Contrato en General", Tomo I, Editorial Palestra, Lima, pp. 315.

forman parte del Contrato, ello en relación al artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece:

"El Contrato está conformado por el documento que lo contiene, 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."

15. Dicho ello, este Colegiado advierte que en el Contrato se ha establecido una fórmula de reajuste por la variación de los precios (Fórmula Polinómica).

16. Las Fórmulas Polinómicas son mecanismos de ajuste de retribución establecidas en los Contratos, que toman en consideración la variación de los precios de los diferentes elementos que intervienen en la ejecución de la obra. Al respecto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado concluye en la opinión N° 119-2014/DTN lo siguiente:

"La aplicación de fórmulas de reajuste en la ejecución del Contrato de obra tiene por objeto permitir al actualizar el valor de los elementos que intervienen en la ejecución de una obra a la fecha correspondiente al mes de pago de la valorización –es decir, que se pague el valor actual de lo ejecutado, toda vez que su valor original puede haber variado desde que se contrajo la obligación– y, de esta manera, mantener el equilibrio económico del Contrato."

17. Del mismo modo, MIGUEL SEMINARIO señala que se entiende por "Fórmula Polinómica" a *"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"*¹¹.

18. En tal sentido, la Fórmula Polinómica, que forma parte integrante del contenido del Contrato de obra, tiene como objeto permitir la actualización del valor de los monomios que intervienen en la ejecución de una obra, siendo estos monomios elementos tales como mano de obra, materiales, equipos de construcción, petróleo diésel, entre otros.

¹¹ SALINAS SEMINARIO, Miguel "Costos, Presupuesto, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra", Lima: Fondo Editorial del Instituto de la Construcción y Gerencia, 2003, 2ª Edición, Pág. 7.

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

19. En relación a ello, el artículo 49° de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"En el caso de Contratos de obras pactados en moneda nacional, las bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del Contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "k" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas Polinómicas, los índices unificados de precios de la construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización."

20. En el Contrato celebrado por las partes, la Fórmula Polinómica fue establecida de la siguiente forma:

Fórmula Polinómica

Presupuesto	0501001	REHABILITACION CARRETERA AYACUCHO ABANCAY, TRAMO KM 154+000 - KM 210+000
Subpresupuesto	004	REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO CARRETERA AYACUCHO - ABANCAY, TRAMO KM 154+000 - KM 210+000
Fecha Presupuesto	31/08/2009	
Moneda	Nuevos Soles	
Ubicación Geográfica	260101	AYACUCHO - AYACUCHO - AYACUCHO

$$K = 0.092 \cdot (Jr / Jo) + 0.059 \cdot (CPr / CPo) + 0.081 \cdot (CAr / CAo) + 0.053 \cdot (Pr / Po) + 0.076 \cdot (Dr / Do) + 0.405 \cdot (Mr / Mo) + 0.234 \cdot (GGUr / GGUo)$$

Monomio	Factor	(%)	Símbolo	Índice	Descripción
1	0.092	100.000	J	47	MANO DE OBRA INC. LEYES SOCIALES
2	0.059	100.000	CP	21	CEMENTO PORTLAND TIPO I
3	0.081	100.000	CA	20	CEMENTO ASFALTICO
4	0.053	100.000	P	53	PETROLEO DIESEL
5	0.076	100.000	D	30	DOLAR (GENERAL PONDERADO)
6	0.405	100.000	M	49	MAQUINARIA Y EQUIPO IMPORTADO
7	0.234	100.000	GGU	39	INDICE GENERAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (INEI)

21. El Tribunal Arbitral advierte que la Fórmula Polinómica reajusta maquinaria operada con un índice de maquinaria sin operar.

22. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera pertinente efectuarse la siguiente interrogante ¿es ilegal la Fórmula Polinómica?

23. El artículo 26 de la Ley de Contrataciones del Estado establece en su literal "i" lo siguiente:

"Las bases de un proceso selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente (...) lo siguiente: (...) el valor referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el reglamento.

24. Por su parte el artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que: *"tanto la elaboración como ubicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC..."*.

25. La Fórmula Polinómica (de reajuste) es obligatoria en el contenido de las bases, por tanto su elaboración, conformación y/o composición se realizan de manera obligatoria con sujeción al Decreto Supremo N° 011-79-VC. En caso la Entidad no haya elaborado la Fórmula Polinómica de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo antes citado, contravendría una norma imperativa.

26. Ahora bien, este Colegiado advierte que la segunda parte del artículo segundo y el artículo tercero del Decreto Supremo N° 011-79-VC señalan lo siguiente:

"(...) Cada coeficiente de incidencia podrá corresponder a un elemento o grupo de elementos representativos.

Los coeficientes de incidencia varían de acuerdo con el tipo de obra que tratan y reflejan, en cada caso, la correspondiente estructura de costos.

La suma de todos los coeficientes de incidencia ($a+b+c+d+e$) siempre será igual a la unidad (1).

Jo, Mo, Eo, Vo, GUo.- Son los índices de precio de los elementos, mano de obra, materiales, equipos de construcción, varios y gastos generales y utilidad, respectivamente, a la fecha del Presupuesto Base, los cuales permanecen invariables durante la ejecución de la obra.

Se entiende como Presupuesto base vigente, aquel cuyos precios han sido elaborados dentro de los treinta (30) días anteriores a la fecha de la respectiva convocatoria; debiendo consignarse en las bases correspondientes, la fecha de vigencia de dichos precios.

El término "Presupuesto Base" se hará extensivo al Presupuesto contratado por la Entidad Pública, en los casos en que no exista el correspondiente Presupuesto Base.

Jr, Mr, Er, Vr, Gur. - Son los índices de precios de los mismos elementos, a la fecha del reajuste correspondiente.

El Índice de Precio considerado en cada monomio tanto para la fecha del Presupuesto Base, como para la del reajuste, podrá corresponder al Índice de Precio del elemento más representativo o al promedio ponderado de los Índices hasta de tres (3) elementos como máximo.

Los elementos representativos no podrán ser sustituidos por otros, después de la firma del Contrato respectivo.

Jr/Jo, Mr/Mo, Er/Eo, Vr, Vo, GUr, GUo.- son los cocientes de índices que expresan la variación de Precios.

El producto del coeficiente de incidencia por el cociente de Índices, se expresará en cifras decimales con aproximación al milésimo.

Para la aproximación al milésimo, se tomará en cuenta que toda fracción que sea igual o supere a los cinco diez milésimos debe ser ajustada a la unidad inmediata superior.

Artículo 3º – *Cada monomio de la fórmula general básica de que trata el Art. 2º del presente Decreto Supremo podrá subdividirse en dos (2) o más monomios con el propósito de alcanzar mayor aproximación en los reajustes a condición de que el número total de monomios que componen la Fórmula Polinómica no exceda de ocho (8) y que el coeficiente de incidencia de cada monomio no sea inferior a cinco céntimos (0.05)."* (Subrayado y resaltado es nuestro)

27. En ese orden de ideas, el Tribunal Arbitral considera que el Decreto Supremo N° 011-79-VC no establece un criterio preciso que determine qué elementos de la obra son más representativos, y en qué casos dichos elementos deben agruparse o separarse; y que **"Los elementos representativos no podrán ser sustituidos por otros, después de la firma del contrato respectivo."**

28. Que, consecuentemente, se advierte que quien diseña o elabora la Fórmula Polinómica puede, de acuerdo a su propio criterio, determinar los elementos (monomios) más representativos, agrupándolos o separándolos del modo que considere conveniente, es decir, que la norma es flexible en cuanto a la composición de la fórmula.

29. Consecuentemente, quién diseña la fórmula polinómica para el caso en concreto, sea el proyectista o la Entidad, debe hacerlo con sujeción al Decreto Supremo N° 011-79-VC, norma que no establece de manera específica los monomios representativos y las situaciones en las que dichos monomios deban disgregarse o agruparse.

30. En este punto es preciso señalar que, luego de un exhaustivo análisis, el Tribunal Arbitral concluye que la Fórmula Polinómica establecida en las bases del Contrato sí cumple con la forma básica que señala el Decreto Supremo N° 011-79-VC.

Tribunal Arbitral:

Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)

Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)

Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

31. De acuerdo a lo dispuesto en dicha norma, la Fórmula Establecida en las bases cumple con:

- (i) La cantidad de monomios establecida.
- (ii) La suma de todos los coeficientes de incidencia establecidos son igual a uno.
- (iii) El coeficiente de incidencia de cada monomio no es inferior a 0.05.

32. Ahora bien, durante la etapa de ejecución contractual la Cámara Peruana de la Construcción -CAPECO-, consultó al Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI - mediante carta N° CPC-038-12 de fecha 23 de marzo de 2012- si la actualización de precios realizada en base a los índices 48 y 49 reflejan la variación de costos del insumo del petróleo diésel y la mano de obra.

33. Mediante oficio N° 79-2012.INEI/DTIE, el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI contestó lo siguiente:

"los índices unificados de maquinaria y equipo nacional (código 48) y de maquinaria y equipo importado (código 49), muestran la fluctuación promedio de los precios de venta del maquinaria, es decir, no incorporan en su elaboración la variación de precios del petróleo diésel y la mano de obra, por cuanto estos elementos son elaborados independientemente de los índices unificados de petróleo diésel (código 53) y mano de obra (código 47)."

34. Efectivamente el costo de la maquinaria y equipo tienen dos componentes, el costo de posesión y el costo de operación; el primer componente, costo de posesión, es relativo al hecho mismo de poseer la maquinaria sea ésta nacional o importada, elementos que se reajustan con el índice unificado código 48 y 49.

35. El segundo componente, costo de operación, está relacionado a la labor productiva de la obra en sí, es decir la utilización de la maquinaria, siendo que incluye mano de obra, elemento que se reajusta con el índice unificado código 47 y petróleo diésel (combustible) para la operación física de la maquinaria, el cual se reajusta con el índice unificado código 53.

36. Tomado en consideración las pruebas aportadas, del examen de la Fórmula Polinómica no se advierte que se

disgregue el componente petróleo del componente mano de obra, es decir que se elaboró la Fórmula Polinómica considerando que la variación del precio de la maquinaria es la misma que la variación del precio del operador (mano de obra) y la variación del combustible para operar maquinaria, petróleo diésel.

37. Sobre este punto, durante el proceso arbitral se han actuado pericias técnicas elaboradas por profesionales entendidos en la materia.
38. El Ingeniero Walter Vicente en la pericia de parte presentada con fecha 12 de febrero de 2014, señala sobre el tema materia de análisis:

7.b) Tomando en cuenta que el Valor Referencial calculado por LA ENTIDAD no desagrega los precios de los tres (3) insumos que componen el costo de los Equipos, LA ENTIDAD incurre en una distorsión al elaborar la fórmula polinómica, porque considera que la variación del precio de los Equipos es la misma que la variación del precio del Operador y la variación del Petróleo Diesel, lo cual constituye una gran distorsión, ya que -tal como se evidencia en el gráfico anterior- mientras los Índices Unificados que publica el INEI muestran que el precio de los Equipos casi no varía, los precios del Operador y del Petróleo Diesel mantienen un incremento constante.

39. Del mismo modo, el Ingeniero Carlos López concluye en su informe pericial (adjunto al escrito de alegatos presentado por el Demandante), lo siguiente:

"a. Tomar los índices 48 y 49 como afines o representativos del equipo operado no respeta la secuencia establecida en el artículo 6° del DS 011-79-VC que exige que primero se vea si los elementos petróleo diésel y operador tienen o no un Índice publicado, antes de decidir asimilarlos en un índice afín.

b. Dado que el petróleo diésel y el operador tienen índices propios publicados (el 53 y 47 respectivamente), asimilarlos a un índice supuestamente afín para intentar reflejar la variación del costo de estos elementos no solo es innecesario sino que es contrario a lo establecido en la normativa legal antes señalada.

c. Por lo tanto una fórmula de reajuste que no disgrega el petróleo diésel y el operador del índice equipo nacional o equipo importado está incumpliendo el artículo 6 del DS 011-79-VC."

40. De acuerdo al profesional antes citado (Carlos López) aplicar al combustible y a la mano de obra el índice maquinaria sin operar contraviene lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Supremo N° 011-79-VC. Al respecto, ésta norma señala:

"En la elaboración de las fórmulas polinómicas, se utilizarán los índices de los elementos publicados por CREPCO, teniendo en cuenta, además, los siguiente casos:

- a) *Cuando algunos elementos considerados como representativos, en la fórmula, no estuvieran incluidos en la publicación de CREPCO, se procederá a asimilarlos a otro elemento afín a los ya publicados.*
- b) *Cuando las Entidades Públicas Contratantes consideren que no hay posibilidad de similitud, podrán utilizar para reajustar valorizaciones, Índices de Precios que no figuren entre los publicados por CREPCO, con cargo a obtener de este organismo su ratificación o rectificación posterior, pudiendo solicitar al CREPCO incluya en futuras listas que publique estos índices de Precio, referidos a la misma bajo la magnitud "100" señalando el precio que corresponde a dicha base."*

41. Consecuentemente, lo que en buena cuenta señala el Demandante es que la Fórmula Polinómica es ilegal por cuanto no se encuentra en sujeción a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 011-79-VC, ya que el elemento representativo maquinaria no disgrega en su costo de operación la mano de obra y el combustible.

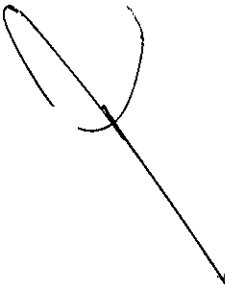
42. Al respecto, este Colegiado da cuenta de que el Demandante discute los criterios contenidos en el Decreto Supremo N° 011-79-VC para disgregar los monomio de los elementos de obra más representativos.

43. Sin embargo, de lo señalado por el artículo sexto antes citado, este Colegiado ha establecido precedentemente que dentro de los lineamientos señalados por el Decreto Supremo N° 011-79-VC no se han determinado los criterios para establecer los elementos de obra más representativos y mucho menos cuáles son los casos en los que se deban agrupar o disgregar, por lo que resulta perfectamente posible que en el diseño de la Fórmula Polinómica contenida en las bases del Contrato materia de litis, la Entidad no haya disgregado los

monomios petróleo diésel y mano de obra (combustible y operador) del elemento representativo maquinaria.

44. Del mismo modo, cabe precisar que el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI mediante Oficio N° 79-2012.INEI/DTIE no establece que los monomios se hayan agrupado indebidamente, sino que más bien indica que se pudieron agrupar de mejor manera, debiendo precisarse además que la restricción contenida en el artículo segundo del citado Decreto Supremo N° 011-79-VC, referida a que los monomios representativos de la fórmula no podrán ser sustituidos después de la firma del Contrato, debe interpretarse teniendo en cuenta que lo que la norma busca es cautelar la intangibilidad de la fórmula para evitar una alteración indebida de los resultados de su aplicación por circunstancias posteriores a la suscripción del Contrato.




45. Atendiendo a lo señalado en el considerando precedente, y conforme se indicó anteriormente, la norma aplicable (Decreto Supremo N° 011-79-VC) es flexible cuando se trata de componer la Fórmula Polinómica, otorgando un margen de libertad a quien la diseña o elabora a fin de que, de acuerdo a su propio criterio, determine los elementos más representativos, los agrupe o disgregue de la forma y modo que considere conveniente.



46. Considerando lo antes señalado, este Colegiado advierte que si bien la Fórmula Polinómica pactada no refleja adecuadamente la variación del precio de los monomios petróleo diésel y mano de obra correspondientes al costo de operación de la maquinaria, ello no significa que dicha fórmula contravenga lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC, razón por la cual se concluye que la Fórmula Polinómica establecida en las bases del Contrato es legal.

47. Teniendo en cuenta que la Fórmula Polinómica establecida en las bases del Contrato no es ilegal, corresponde interpretar cuál fue la voluntad real de las partes al pactar el reajuste del monomio maquinaria.

48. La discrepancia en la interpretación del pedido radica en que, por un lado, el Demandante señala que la verdadera voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato fue reajustar el petróleo diésel y mano de obra (operador) de la maquinaria



con el índice que le correspondía, es decir que las partes firmaron el Contrato "en el convencimiento que el índice de Maquinaria (IU 48 e IU 49) reajustaba Maquinaria operada y no maquinaria sin operar"; mientras que la Entidad señala que las partes suscribieron el Contrato obligándose en todo y cuanto se contempla en dicho documento, aceptando todas las condiciones expresadas en las bases, incluyendo la Fórmula Polinómica tal y como está representada.

49. En tal sentido y teniendo en consideración que las partes discrepan en relación a un elemento contenido en la Fórmula Polinómica, corresponde que dicho elemento sea interpretado para esclarecer a quién corresponde efectuar dicha interpretación y qué teoría interpretativa será utilizada.

50. Al respecto, BULLARD GONZALEZ¹² señala:

"(...) Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido a lo que las partes no solo no dijeron, sino que nunca quisieron decir. En ese sentido muchas veces interpretar es en realidad un acto de creación de nuevas reglas contractuales, simplemente porque las partes quisieron precisamente usar un lenguaje ambiguo, o porque el lenguaje del contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo (...) en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual (...)"

51. Siendo ello así, se hace imprescindible determinar la voluntad real de las partes en el Contrato a la luz de la normativa aplicable. Para ello, tenemos que el Código Civil en sus artículos 168°, 169°, 170° y 1362° señala:

Interpretación objetiva

Artículo 168°.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Interpretación sistemática

Artículo 169°.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Interpretación integral

Artículo 170°.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

¹² BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Derecho y Economía. 2da Edición. Editorial Palestra. Pág. 396.

Buena Fe

Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

52. La doctrina ha desarrollado tres teorías en torno a la interpretación del acto jurídico. La primera es la denominada "teoría de la voluntad real o interpretación subjetiva o de la voluntad"; esta teoría señala que *"su objetivo central es llegar a determinar cuál es la voluntad real, la voluntad interna del agente, el intérprete debe buscar lo que realmente quiere el declarante, su intención, su pensamiento interior, porque el elemento sustancial que le da vida al contrato es la voluntad y no la declaración del agente."*¹³
53. Además, se señala que: *"En la búsqueda de la voluntad real del agente, el intérprete no debe considerar solamente la declaración, sino que debe valorar el contexto social, el comportamiento de las partes previo, simultáneo, posterior al de la celebración del contrato, la finalidad perseguida por las partes y todas las circunstancias que conllevan a establecer la voluntad real."*¹⁴
54. Esta teoría refleja que para efectos de entender qué es lo que han querido realmente las partes al momento de celebrar el Contrato, no se debe limitar la actividad del Tribunal Arbitral a la literalidad del documento, sino ir más allá, efectuando una labor interpretativa de modo que pueda reflejar en conjunto lo que efectivamente se ha perseguido como efecto jurídico deseado.
55. Otra teoría desarrollada por la doctrina es la denominada "interpretación objetiva o teoría de la voluntad declarada". Esta teoría *"considera que el objetivo hacia el cual se dirige la actividad del intérprete es la declaración en sí con independencia de lo que realmente quiso el agente. El objeto de la interpretación es la declaración."*¹⁵ *"La interpretación objetiva*

¹³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. Tercera Edición 2007. Lima-Perú. Pág.459.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ BORDA, Guillermo. Manual de Derecho Civil, Parte General, 8va. Edición Buenos Aires. Abeledot -Perrot. Pág. 417-418.

*mira a determinar el significado del contrato tal como las partes lo han celebrado."*¹⁶

56. Dicha teoría postula que *"Se hace prevalecer la interpretación literal sobre todos los otros métodos de interpretación. Para determinar el contenido y el alcance del contrato, el intérprete debe otorgar a las palabras y expresiones su significado común, el significado con el cual son entendidas normalmente por los demás miembros de la comunidad. El destinatario de la declaración confía en que es verdad lo que dice el declarante, porque así lo entiende cualquier otro miembro de la sociedad."*¹⁷

57. La tercera teoría es la denominada "sistema de interpretación mixto o intermedia", orientada a tomar en cuenta en la actividad interpretativa *"tanto la voluntad del agente cuanto a la declaración del mismo, puesto que la voluntad y la declaración son dos aspectos indisolubles y conexos. Se interpreta la voluntad exteriorizada en la declaración."*¹⁸

58. En esta teoría se postula que *"El intérprete en su actividad deberá para evitar el peligro de imponer su propio juicio sobre el contenido real del acuerdo, apreciar el comportamiento total de las partes, aun posterior a la conclusión del contrato, lo que quiere decir que el intérprete podrá tener en cuenta, además de lo que resulte del sentido literal del contrato, cada elemento ofrecido por el comportamiento de los sujetos que puedan servir a los fines de establecer los términos reales del contenido del acto."*¹⁹

59. Esto significa que el intérprete, en su actividad interpretativa, debe guiarse *"no solo por los medios proporcionados de la gramática, debe inferirse la voluntad real,*

¹⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Seconda Edizione, Giuffrè, Editorial Abeledo-Perrot. 5ta Edición. Milano, 2006. Pág. 508.

¹⁷ DE GÁSPERI, Luis y MORELLO, Augusto, *TRATADO DE DERECHO CIVIL*. TEA, Buenos Aires, 19. Pág. 64. 1ra Edición.

¹⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Tercera Edición 2007. Lima-Perú. Pág.462.

¹⁹ SCOGNAMIGLIO, Renato. *CONTRATTI IN GENERALI*, TERZA EDIZIONE, MILANO, 1980. Pág. 183.

*sino por todos los que suministra la lógica, es siempre necesario que la voluntad se manifieste, solo que poco importa que resulte del sentido literal de las palabras, y en general, prima facie, de los medios empleados para manifestarla o que resulte en cambio, por visa de inferencias, del conjunto de las diversas disposiciones, del fin práctico propuesto y de todas las circunstancias del hecho."*²⁰

60. Por lo expuesto, este Colegiado considera conveniente analizar la cuestión controvertida a la luz de la teoría mixta de interpretación y que toma en cuenta la actividad interpretativa de manera extensiva.

61. El Demandante sostiene que ambas partes celebraron el Contrato bajo el convencimiento de que el índice de maquinaria reajustaba la maquinaria como si esta fuese operada; a efectos de acreditar su dicho el Demandante hace referencia al audio (minuto 21) de la Audiencia de Ilustración en el que el Demandado responde una pregunta de uno de los miembros del Tribunal Arbitral, de la manera siguiente:

"Árbitro: "En esa Fórmula, en el índice 49, ¿se consideraba maquinaria y equipo operativo o sin operar?"

PROVIAS: "Ese es un tema que surge a raíz, como lo ha dicho el doctor, del INEI. Hasta antes de eso, en todos los expedientes técnicos de PROVIAS NACIONAL siempre se ha considerado el índice 49 como equipo operado, es así como se ha venido utilizando en las obras."

(...)

Arbitro: "¿Operado se entiende que incluye petróleo y mano de obra?"

PROVIAS: "Claro, como equipo operado, o sea como alquiler de equipo, equipo operado."

62. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte y valora de dicha declaración lo siguiente: (i) quien respondió la pregunta no fue quien diseñó la Fórmula Polinómica, y (ii) que la declaración ha sido realizada con posterioridad a la celebración del Contrato cuando ya se había producido la controversia entre las partes.

63. Ahora bien, tal declaración no genera convicción en el Tribunal Arbitral para concluir que al momento de celebrar el Contrato las partes estaban convencidas que el índice de maquinaria (IU 48 e IU 49) reajustaba maquinaria operada y no

²⁰ COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Traducción Felipe de Tena. 2da Edición. MÉXICO-1938. Pág. 442.

maquinaria sin operar, pues salvo esta declaración –producida, como ya se indicó, por solo por una de las partes y, además, con posterioridad a la celebración del Contrato- la Demandante no ha ofrecido medio probatorio idóneo que acredite fehacientemente, a la fecha de celebración del Contrato, que ambas partes estaban convencidas que el índice de maquinaria también reajustaría el petróleo diésel (combustible) y mano de obra (operada) o que les era imposible comprobar que el índice de maquinaria (IU 48 e IU 49) solo reajustaba maquinaria sin operar.

64. Sobre este punto, de acuerdo al Sistema Nacional de Inversión Pública SNIP, se debe precisar que todo proyecto de inversión pública PIP se sujeta a las fases de preinversión, que comprende la elaboración del perfil, del estudio de factibilidad (que constituyen estudios técnico - económicos preliminares); inversión, que comprende la elaboración del expediente técnico detallado y la ejecución del proyecto; y post inversión, que comprende los procesos de control y evaluación ex post.

65. Consecuentemente, a fin de desarrollar un proyecto de obra, se debe considerar en la fase de inversión²¹ dos momentos importantes: (i) la elaboración del expediente técnico, los estudios necesarios para el desarrollo del proyecto, la elaboración de bases; y (ii) la ejecución del proyecto.

66. Previo a la celebración y ejecución del Contrato, momento (i) de la fase de inversión, los postores participan del proceso de selección, donde tienen conocimiento de las bases y lineamientos del proyecto; siendo ello así, este Colegiado advierte que el contenido de la Fórmula Polinómica siempre fue conocido por el Demandante antes de la suscripción del Contrato.

67. En ese sentido, se debe tener en cuenta que al proceso selección se presentan postores diligentes y con experiencia en las circunstancias que supone contratar con el Estado, razón por la cual este Colegiado advierte que el Demandante pudo

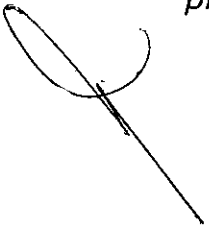
²¹Resolución Directoral N° 003- 2011-EF/68.01 Artículo 23: Fase de inversión
23.1 Un PIP ingresa en la fase de inversión luego de ser declarado viable.
23.2 La fase de inversión comprende la elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico u otro documento equivalente, y la ejecución del PIP.

consultar a la Entidad correspondiente, en este caso el Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI, sobre si los índices 48 y 49 contenidos en la Fórmula Polinómica reajustaban o no la maquinaria como equipo operado tal como en su momento lo hizo CAPECO.

68. De manera concreta este Colegiado ha podido determinar que el Demandante tuvo la oportunidad de advertir que los índices 48 y 49 no reajustaban a la maquinaria como si fuese operada, y pese a ello decidió contratar asumiendo el riesgo que ello podía implicar.
69. En ese sentido, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

"SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que PROVIAS reconozca y pague la suma de S/. 1'680,969.40 (Un Millón Seiscientos Ochenta Mil Novecientos Sesenta y Nueve con 40/100 Nuevos Soles) más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de nuestros recursos, tal como se explica en la presente pretensión."

- 
1. La cuestión discutida en este punto controvertido deviene específicamente de los mayores costos; por un lado, el Demandante señala que los mayores costos corresponden a los costos directos requeridos para la ejecución de la obra, los que se derivan de la inmovilización de recursos; mientras que la Entidad señala que su contraparte solicita a través de los mayores costos algo que ya le fue reconocido a través de los gastos generales que fueron debidamente aprobados y reconocidos a través de sendas ampliaciones de plazo.
 2. Antes de analizar este punto controvertido, este Colegiado considera conveniente establecer primero cuáles son los costos de una obra de acuerdo a lo establecido en la normativa aplicable; una vez determinados, el Tribunal Arbitral analizará si corresponde reconocer el pago del monto dinerario solicitado por concepto de mayores costos.

3. Al respecto, conforme se ha establecido anteriormente, las partes se han obligado conforme al Contrato y a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y de manera supletoria las normas de derecho público.
4. Habiéndose señalado la normativa aplicable, se debe indicar que el valor referencial constituye el costo estimado de la obra a ejecutar, determinado a partir de la elaboración del presupuesto de obra el cual está compuesto por el costo directo, gastos generales, utilidad e impuestos. Los componentes de la estructura del presupuesto base de una obra se agrupan en dos rubros, costos directos y costos indirectos.
5. El costo directo es el que se calcula valorizando el costo de cada partida mediante la aplicación de los precios unitarios calculados mediante los análisis de precios de cada partida; mientras que el costo indirecto se define como todos aquellos costos que no pueden aplicarse a una partida específica sino que tienen incidencia sobre todo el valor de la obra.
6. En buena cuenta, el costo directo está referido a todos los elementos necesarios para la ejecución de una obra, es decir la mano de obra, los materiales de construcción, la maquinaria y equipos, entre otros.
7. Por su parte, el costo indirecto corresponde a la actividad empresarial que desarrolla el contratista, es decir todos los gastos para la administración, organización, dirección, mobiliario, gastos de oficina, entre otros.
8. Ahora bien, este Colegiado considera conveniente establecer si mediante el reconocimiento de gastos generales, derivados de las ampliaciones de plazo otorgadas durante la ejecución de la obra, se reconoce tanto a los costos indirectos como a los costos directos. Al respecto, el Artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala los efectos de la modificación del plazo contractual:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días

correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

9. Por su parte, la definición del numeral 27 del Anexo de Definiciones del mencionado Reglamento sobre gastos generales establece lo siguiente:

"27. Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio."

10. El Tribunal Arbitral infiere sin duda alguna que los mayores gastos generales derivados de una ampliación de plazo corresponden a los costos indirectos, es decir a aquellos costos que corresponden al despliegue empresarial por mayor permanencia en obra. En tal sentido, las ampliaciones de plazo no reconocen los costos directos efectuados por el Demandante.

11. En el presente proceso arbitral el Demandante ha demostrado que a lo largo de la ejecución de la obra se solicitaron y tramitaron diferentes ampliaciones de plazo, algunas de las cuales fueron aprobadas por la Entidad. Cabe indicar que las ampliaciones de plazo se solicitan de conformidad con el artículo 200° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece las causales taxativas siguientes:

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.**

- 2) *Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- 3) *Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*
- 4) *Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el Contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."*

12. De la documentación alcanzada, y teniendo en cuenta las causales de ampliación de plazo establecidas en el mencionado Reglamento, se verifica que existieron partidas afectadas por lluvias extraordinarias y paro, que se traducen en cuarenta y tres (43) días de ampliación de plazo otorgadas.

13. De acuerdo al artículo 201° del antes citado Reglamento, se establece que es un requisito de aprobación de la solicitud de ampliación que la circunstancia señalada como causal afecte la ruta crítica, y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. Estando a ello, se verifica también, con la aprobación de los cuarenta y tres (43) días de ampliación de plazo por parte de la Entidad, que la ruta crítica de algunas de las partidas se vieron afectadas, y por lo tanto, resultó necesaria la ampliación del plazo contractual.

14. Resulta claro que la Entidad, a través de las ampliaciones de plazo otorgadas reconoció los gastos generales, los mismos que corresponden a los costos indirectos por mayor permanencia en la obra, derivados de los trabajos que se debían ejecutar por la afectación a la ruta crítica en algunas partidas de obra; no obstante no se consideraron los costos directos.

15. En este punto de análisis, este Colegiado se propone la siguiente cuestión: ¿El hecho de que las ampliaciones de plazo únicamente reconozcan costos indirectos, supone que no se deban reconocer los costos directos?

16. Al respecto y en primer lugar, se tiene en cuenta que la afectación a la ruta crítica por eventos ajenos al Demandante no solamente generarán costos indirectos, sino también costos directos, esto último debido a que los referidos costos directos se encuentran debidamente establecidos en el presupuesto de obra conforme se ha indicado precedentemente.

17. Por lo tanto, no existe impedimento alguno en la normativa aplicable, para establecer que no se reconozcan los costos directos por eventos ajenos al Demandante.
18. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera conveniente establecer si la afectación alegada se debe a que el Demandante no pudo ejecutar los trabajos programados. Sobre esto, se debe indicar que el mismo hecho que la propia Entidad haya otorgado los cuarenta y tres (43) días de ampliación de plazo solicitadas por el Demandante es prueba suficiente para determinar que, debido a las circunstancias ajenas, el contratista se vio impedido de ejecutar los trabajos programados de acuerdo al calendario de obra.
19. Por otro lado, si bien es cierto no existe un procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para solicitar los mayores costos directos, este Colegiado ha evaluado las anotaciones realizadas en diferentes asientos del cuaderno de obra, donde el Demandante dejó constancia de que las lluvias extraordinarias así como el paro perjudicaban a dicha parte, ocasionándole mayores costos en el personal y equipo por no poder efectuar los trabajos programados.
20. Al respecto, se puede advertir de los asientos del cuaderno de obra N° 1563, N° 1793, N° 1188, N° 1322, y N° 1327, que el Demandante deja establecido que las circunstancias ajenas a dicha parte le ocasionaban mayores costos directos por personal y equipo, al estar impedido de efectuar los trabajos.
21. Ahora bien, este Colegiado debe analizar si resulta un costo directo el impedimento de realizar los trabajos a consecuencia del paro y lluvias extraordinarias; al respecto, se han verificado los eventos ajenos a la voluntad del Demandante antes descritos (que se enmarcan dentro de una causal de ampliación de plazo), lo que resulta ser una situación que imposibilita la normal ejecución del Contrato, generando que los recursos destinados a la ejecución de los trabajos en dichos días se vean afectados por el impedimento indicado.
22. La situación descrita calza en la definición de costo directo, puesto que se verificará un desplazamiento de recursos no utilizados de manera oportuna generados por un evento que

Tribunal Arbitral:

Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)

Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)

Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

debe ser asumido por la Entidad de acuerdo al Presupuesto de Obra, más aún si se trata de lluvias extraordinarias y paro, eventos que son ajenos al Demandante, debiendo reconocérsele el costo directo.

23. ¿Corresponde otorgar el monto reclamado? Sobre el particular, el Demandante señala que no existe un procedimiento fijado en la Ley o en su Reglamento respecto del trámite de un reclamo por mayores costos directos, razón por la cual no existe una metodología de cálculo aplicable.

24. Sin perjuicio de ello, este Colegiado advierte que la Entidad señala que debería tomarse en consideración la Resolución Directoral N° 035-2010/VIVIENDA/VMCS-DNC; dicha norma no puede ser considerada para la evaluación y cálculo correspondiente, debido a que las ampliaciones de plazo han sido otorgadas entre septiembre del 2010 y agosto del 2012 y la referida Resolución Directoral fue emitida en el año 2010 siendo el proceso de convocatoria anterior.

25. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que únicamente se reconocerá el costo de posesión de los equipos improductivos debido a que bajo el concepto de paralización de maquinaria no corresponden los costos de operación porque la maquinaria paralizada no genera ningún desgaste.

26. De manera muy similar, en la página 14 de la pericia de parte presentada por el Demandante con fecha 20 de septiembre de 2013, se señala:

"De otro lado, de la revisión efectuada a los cálculos se ha determinado que éste viene reclamando la totalidad del costo de los equipos improductivos, lo cual no es correcto ya que estaría pretendiendo que se le pague por el combustible que hubiera utilizado el equipo, en caso éste hubiese estado operativo.

*En ese sentido, para determinar el costo de los equipos improductivos de las partidas afectadas por causales que generaron ampliaciones de plazo, **el perito sólo ha considerado el costo de posesión de dichos equipos.**"*

27. Al respecto, se advierte que los conceptos determinados por el Tribunal Arbitral son los mismos establecidos en la pericia de parte elaborada por el ingeniero Walter Vicente Montes; por lo tanto, y tomando en cuenta que los informes periciales constituyen una herramienta adecuada para que se tenga certeza respecto del análisis técnico de las materias

controvertidas, este Colegiado considera tener en cuenta el monto determinado por dicho profesional:

"Para ello, tomando en cuenta que los precios unitarios ofertados por el contratista, sólo consideran el costo total de los equipos (costo de posesión + costo de operación), el perito ha calculado el costo porcentual del costo de posesión con respecto al costo total de los equipos, en base a los precios de la revista de la Cámara Peruana de la Construcción CAPECO y la revista COSTOS (precios vigentes a agosto del 2009).

En ese sentido, se ha determinado que los costos asumidos por el concepto de mano de obra y equipos improductivos ascienden a S/. 641.284.18 (Sin IGV) tal como se demuestra en el anexo N° 02."

28. Teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo precedente, el Tribunal Arbitral considera conveniente reconocer únicamente la suma de S/ 641.284.18 Soles, de acuerdo al detalle señalado en la descripción de la cuantificación presentada por el perito, en tanto se ajusta a lo dispuesto por este Tribunal Arbitral como cálculo y metodología para establecer el monto que corresponde por los mayores costos directos.

29. Por otro lado, respecto al cálculo de los intereses correspondientes, este Colegiado deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses legales y la fecha desde que deberán computarse.

30. Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre²²:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

31. En el caso materia de la controversia, se ha determinado que la Entidad debe pagar a favor del Demandante, la suma indicada por concepto de mayores costos derivados de la inmovilización de recursos. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que debe ser cancelada, corresponde declarar que el Demandante tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

²² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

32. Finalmente, corresponde determinar la fecha desde la que se deberá computar los intereses legales. Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando la Entidad incurrió en mora. En ese sentido, no habiendo las partes pactado nada sobre el particular resulta de aplicación el artículo 1334° del Código Civil que dispone que: *"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)".*
33. Asimismo, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071 establece: *"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".*
34. De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha en que la Entidad haya recibido la solicitud para someter a arbitraje la controversia por parte del Demandante.
35. En tal sentido, los intereses legales a favor del Demandante, deben computarse en base al monto adeudado por concepto de mayores costos derivados de la inmovilización de recursos, y desde la solicitud de inicio del arbitraje.
36. Por lo expuesto, se declara FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal; en tal sentido, corresponde ordenar a la Entidad reconocer y pagar la suma de S/. 641.284.18 Soles más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de recursos.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, y PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago por concepto de mayores costos incurridos por la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

PRIMERA PRETENSION SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSión PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, como consecuencia de los daños producidos al contratista vinculados a la ejecución de trabajos de mejoramiento de suelos y otros, en los términos señalados en la presente pretensión.

"SEGUNDA PRETENSión SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSión PRINCIPAL: Que se reconozca y pague al Contratista la suma de S/. 3'298,503.50 (Tres Millones Doscientos Noventa y Ocho Mil Quinientos Tres y 50/100 Nuevos Soles) más IGV, reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa vinculado a la ejecución de trabajos de mejoramientos de suelos y otros recibidos pero no pagados por la Entidad, en los términos señalados en la presente pretensión."

En relación a la cuarta pretensión principal, y la primera y segunda pretensiones subordinadas a la cuarta principal, este Colegiado debe indicar que anteriormente declaró fundadas las excepciones de incompetencia presentadas por la Entidad; consecuentemente, no es competente para pronunciarse sobre el fondo de dichas pretensiones, dejando a salvo el derecho del Demandante para que las haga valer en la vía correspondiente.

PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

1. Sobre el punto controvertido común, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que:

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

"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".

2. En ese sentido, este Tribunal Arbitral procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a los costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.
3. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º.
4. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada Ley 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.
5. Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
6. En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, y el comportamiento procesal de ambas parte, este Colegiado dispone que cada de una de ellas 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 (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como de todos los gastos en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

7. Debe precisarse que los gastos asumidos por las partes por asesoría jurídica y asesoría técnica son de cargo de cada una de manera independiente.
8. En tal sentido, DISPÓNGASE que tanto el Demandante así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas el Tribunal Arbitral por unanimidad y en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la primera pretensión; y consecuentemente se procede a emitir pronunciamiento de fondo en relación a la controversia del presente arbitraje.

SEGUNDO: DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por la Entidad contra la segunda pretensión, y consecuentemente se procede a emitir pronunciamiento de fondo en relación a la controversia del presente arbitraje.

TERCERO: DECLÁRESE FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la cuarta pretensión principal, por los motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo; consecuentemente, este Colegiado no emitirá pronunciamiento de fondo.

CUARTO: DECLÁRESE FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la primera pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal; consecuentemente, este Colegiado no emitirá pronunciamiento de fondo.

QUINTO: DECLÁRESE FUNDADA la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra la segunda pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal; consecuentemente, este Colegiado no emitirá pronunciamiento de fondo.

SEXTO: DECLÁRESE INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda.

Tribunal Arbitral:
Miguel Grau Quinteros (Presidente del Tribunal Arbitral)
Fernando Cantuarias Salaverri (Árbitro)
Oscar Montezuma Brenner (Árbitro)

SÉTIMO: DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal; en tal sentido, **ORDÉNESE** a la Entidad reconocer y pagar la suma de S/. 641.284.18 Soles más IGV, los reajustes y los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de los mayores costos y/o daños derivados de la inmovilización de recursos.

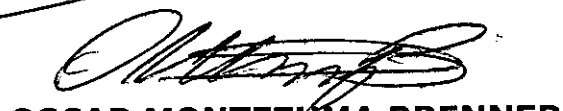
OCTAVO: DISPÓNGASE que tanto el Demandante así como la Entidad, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.



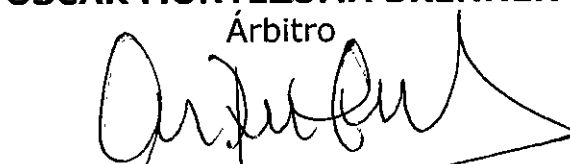
MIGUEL GRAU QUINTEROS
Presidente del Tribunal Arbitral



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Árbitro



OSCAR MONTEZUMA BRENNER
Árbitro



CARLA DE LOS SANTOS LOPEZ
Secretaría Arbitral