

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado EN UNANIMIDAD respecto de las Pretensiones Principales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, así como de las pretensiones subordinadas a la Tercera y Cuarta Pretensión Principal, y EN MAYORÍA respecto de la Quinta Pretensión Principal, por el Tribunal Arbitral presidido por el doctor Rolando Eyzaguirre Macca e integrado por los doctores Alejandro Falla Jara y Francisco Barrón Velis, en la controversia surgida entre el Consorcio Vial Oxapampa (en adelante el CONSORCIO, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE, indistintamente) de una parte, contra PROVÍAS NACIONAL (en adelante PROVÍAS, la ENTIDAD, o el DEMANDADO indistintamente) de la otra.

Resolución No. 30

Lima, 16 de abril de 2012

ESQUEMA

I. ANTECEDENTES	3
1. CONVENIO ARBITRAL.....	3
2. SEDE DEL TRIBUNAL	4
3. HECHOS DEL CASO.....	4
4. HECHOS DEL ARBITRAJE	8
I.- ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES	38
1. CUESTIÓN PREVIA DE LA DEMANDA.-	39
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-.....	39
Posición del CONSORCIO.-	41
Posición de PROVÍAS.-	42
Resolución del Tribunal.-	43
2. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-.....	55
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-.....	56
Posición del CONSORCIO.-	56
Posición de PROVÍAS.-	58
Resolución del Tribunal.-	58
3. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-	72
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-.....	72

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Posición del CONSORCIO.-	72
Posición de PROVÍAS.-	74
Resolución del Tribunal.-	74
4. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-	89
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-	90
Posición del CONSORCIO respecto al Presupuesto Adicional No. 07.-	94
Posición del CONSORCIO respecto al Presupuesto Adicional No. 08.-	96
Posición de PROVÍAS respecto al Presupuesto Adicional No. 07.-	98
Posición de PROVÍAS respecto al Presupuesto Adicional No. 08.-	99
Resolución del Tribunal.-	99
4.1. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL	105
Posición del CONSORCIO.-	105
Posición de PROVÍAS.-	106
Resolución del Tribunal.-	107
4.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL	140
5. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-	140
Posición del CONSORCIO.-	141
Posición de PROVÍAS.-	142
Resolución del Tribunal.-	143
5.1. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.....	149
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-	149
Posición del CONSORCIO.-	149
Posición de PROVÍAS.-	150
Resolución del Tribunal.-	150
5.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL	151
Resolución del Tribunal.-	152
6. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-	155
Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-	155
Posición del CONSORCIO.-	156
Posición de PROVÍAS.-	158
Resolución del Tribunal.-	158
7. PRONUNCIAMIENTO ACERCA DEL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO.....	163
III.- RESOLUCIÓN.....	164

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

I. ANTECEDENTES

1. CONVENIO ARBITRAL

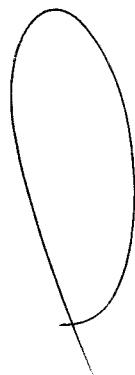
1. El convenio arbitral se encuentra incorporado en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Obra No. 337-2005-MTC/20 para la ejecución de la obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Puente Paucartambo – Oxapampa, Km. 0+000 – Km. 44+177”, ubicado en el departamento de Pasco (en adelante el CONTRATO) suscrito entre PROVÍAS y el CONSORCIO.
2. En dicha cláusula las partes acordaron expresamente lo siguiente:

“13.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

(...)

13.3 El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral según lo dispuesto en el artículo 189° del Reglamento. Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o ante la rebeldía de una de las partes al cumplir dicha designación, la misma será efectuada por el CONSUCODE.

13.4 Los árbitros de común acuerdo establecerán las reglas bajo las cuales se realizará el arbitraje, pudiendo elegir las que correspondan a un Centro Arbitral, estableciendo las modificaciones que estimen pertinentes. A falta de acuerdo, se



Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

aplicará el Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA-CONSUCODE)- aprobado por Resolución No. 242-2002-CONSUCODE/PRE del 03 de octubre de 2002.

13.5 El laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa.

2. SEDE DEL TRIBUNAL

3. De acuerdo al artículo 18 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (en adelante, el SNCA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), Resolución No. 016-2004-CONSUCODE/PRE¹, se ha establecido como sede del Tribunal Arbitral las oficinas de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, ubicadas en la Av. Gregorio Escobedo cuadra 7 s/n, distrito de Jesús María, Lima.

3. HECHOS DEL CASO

4. En el presente acápite, el Tribunal Arbitral procederá a describir los principales hechos del caso. Estos hechos se describirán teniendo en consideración lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como los medios probatorios ofrecidos por las mismas. En tal sentido, su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto que será recién evaluado en la parte considerativa del presente Laudo.
5. Así, a continuación, el Tribunal Arbitral relatará los principales hechos del caso, que suscitaron la presente controversia arbitral, tanto en lo relacionado a los contratos que celebraron las partes del arbitraje, como los actos de las mismas que posteriormente llevaron al CONSORCIO a presentar su solicitud de Arbitraje.

¹ Artículo 18. Sede arbitral

Para los arbitrajes que se tramiten en la ciudad de Lima, la sede del arbitraje será el local institucional del CONSUCODE, donde deberán presentarse los escritos de las partes y comunicaciones de los árbitros, dentro del horario de atención de la institución y donde deberán realizarse las diligencias, audiencias y demás actuaciones arbitrales".

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

6. Con fecha 19 de agosto de 2005 se publicaron las Bases Integradas del Proceso de Selección ADS-0026-2005/MTC/20² de la Obra de Rehabilitación y Mejoramiento de la carretera Puente Paucartambo – Oxapampa.
7. Como resultado de la Adjudicación Directa Selectiva convocada, el Comité Especial encargado del proceso de selección otorgó la Buena Pro al CONSORCIO, integrado por la Constructora Málaga Hnos. S.A. – COINPESA – SVC/Ingeniería y Construcción S.A. – OBRAINSA.
8. La Buena Pro quedó consentida el 30 de septiembre de 2005 por el monto total de la propuesta económica del CONSORCIO que asciende a la suma de S/.88'065,885.19 (Ochenta y Ocho Millones Sesenta y Cinco Mil Ochocientos Ochenta y Cinco y 19/100 Nuevos Soles), incluido IGV, con precios referidos al mes de junio de 2005. Teniendo en cuenta ello, con fecha 28 de octubre de 2005, el CONSORCIO y PROVÍAS celebraron finalmente el CONTRATO en cuestión.
9. Mediante Resolución Directoral No. 518-006-MTC/20 de fecha 02 de marzo del 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 01, por un total de 11 días.
10. A través de la Resolución Directoral No. 58806-MTC/20 de fecha 13 de marzo de 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 02 por un total de 05 días.
11. Mediante la Resolución Directoral No. 660-2006-MTC/20 de fecha 22 de marzo de 2006 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 03 por un total de 04 días.
12. Mediante Resolución Directoral No. 1122-2006-MTC/20 de fecha 28 de abril de 2006 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 04 por un total de 04 días.
13. Mediante Resolución Directoral No. 3891-2006-MTC/20 de fecha 12 de diciembre de 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 11 por un total de 47 días.
14. A través de la Resolución Directoral No. 085-2007-MTC/20 de fecha 18 de enero de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 12, por un plazo de 29 días.

² Revisado en [<http://www2.seace.gob.pe/>] con fecha 30 de diciembre de 2011.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

15. Mediante Resolución Directoral No. 1233-2007-MTC/20 de fecha 30 de marzo de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 13, por un plazo de 33 días.
16. Mediante Resolución Directoral No. 4043-2007-MTC/20 de fecha 07 de setiembre de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 18, por un plazo de 104 días.

Respecto a la Liquidación Final de la obra

17. Mediante Memorándum No. 035/07 de fecha 17 de mayo de 2007, el CONSORCIO presentó al SUPERVISOR el Sustento, Metrados y Presupuesto de los daños ocurridos en el Sector del Tramo II Km. 20 + 400 al Km. 44 + 177, “*como consecuencia de los derrumbes, lluvias y otros sucedidos entre los meses de Octubre [de 2006] a Abril [de 2007]*”. Al respecto el CONSORCIO solicitó “*verificar, revisar y aprobar dicho presupuesto*”.
18. Una vez concluida la obra, mediante Carta No. 012-2008-R/PP-OXA³ de fecha 27 de febrero de 2008, el CONSORCIO, a través de la SUPERVISIÓN, remitió a PROVÍAS su Liquidación de Obra final.
19. Por su parte, mediante Carta No. 005-2008/CSVPO⁴ de fecha 24 de marzo de 2008, la SUPERVISIÓN remitió a PROVÍAS la Liquidación de Obra y su informe respectivo.
20. Ante ello, mediante Informe No. 20-2008-MTC-20.5/LCHV⁵ de fecha 27 de marzo de 2008 que fue notificado a través del Memorándum No. 955-2008-MTC/20.5 de la misma fecha, el Especialista de Obras estableció en su análisis que, entre otras cosas, “*el saldo a favor del Contratista asciende a S/. 1'816,508.01 incluido IGV*”.
21. Por su parte, mediante Informe No. 156-2008-MTC/20.3.CPC⁶ de fecha 27 de marzo de 2008, la Unidad Gerencial de Asuntos Legales sugiere que corresponde aprobar la Liquidación Final del CONTRATO conforme al sustento expuesto por el Especialista de Obras de la ENTIDAD.

³ Anexo 1-C de la Demanda.

⁴ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 08 de fecha 06 de julio de 2010.

⁵ Documento presentado por PROVÍAS a través del escrito No. 10 de fecha 13 de diciembre de 2010.

⁶ Documento presentado por PROVÍAS a través del escrito No. 10 de fecha 13 de diciembre de 2010.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

22. Posteriormente, dentro del plazo de 30 días establecido en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable al CONTRATO materia de litigio (en adelante el Reglamento)⁷, PROVÍAS notificó la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20⁸ de fecha 28 de marzo de 2008. a través de dicha Resolución LA ENTIDAD indicó ciertas deficiencias de la Liquidación presentada por el CONTRATISTA, motivo por el cual aprobó su propia Liquidación de Obra, presentando como Anexo No. 1 un cuadro Resumen de la misma.
23. Ante ello, mediante Carta No. OXA 128-129-08⁹ de fecha 02 de abril de 2008, el CONSORCIO indicó a PROVÍAS que su Liquidación habría sido remitida sin el debido sustento de la documentación y de los cálculos, supuestamente contradiciendo con ello el artículo 43° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la LCAE) vigente a dicha fecha¹⁰.
24. Ante ello, mediante Carta No. 398-2008-MTC/20/5¹¹ de fecha 07 de abril de 2008, PROVÍAS indicó al CONTRATISTA que la referida Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20¹² sí habría contado con el sustento suficiente y había sido notificada conforme a Ley. Finalmente le indicó que

⁷ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 013-2001-PCM
“Artículo 164.-Liquidación del contrato de obra.-

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

⁸ Anexo 1-E de la Demanda.

⁹ Anexo 1-F de la Demanda.

¹⁰ Ley aprobada mediante Decreto Supremo No. 012-2001-PCM

“Artículo 43º.- Culminación del contrato

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

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación”.

¹¹ Anexo 1-G de la Demanda.

¹² Anexo 1-E de la Demanda.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

podía solicitar toda la información que considere pertinente a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

25. Mediante Carta No. OXA 131-08¹³ de fecha 11 de abril de 2008, el CONSORCIO comunicó a PROVÍAS que, a su entender, la liquidación presentada por dicho CONTRATISTA habría quedado consentida puesto que la ENTIDAD no habría notificado la que ella misma habría practicado. En ese sentido, el CONSORCIO señaló que era obligación de la ENTIDAD no sólo emitir y notificar la Resolución Directoral que aprobaba su Liquidación, sino también debió notificar la Liquidación misma así como su sustentación, lo cual no se habría realizado.
26. En efecto, mediante Carta No. OXA 131-08, el CONSORCIO indicó que *"siendo que la liquidación que habría sido practicada por la Entidad, no ha sido notificada hasta la fecha, se debe considerar que la liquidación practicada por nuestro Consorcio quedó Consentida"*.

4. HECHOS DEL ARBITRAJE

27. Conforme al artículo No. 25 del Reglamento del SNCA del OSCE¹⁴, mediante escrito de fecha 06 de mayo de 2008, el CONSORCIO presentó su demanda solicitando lo siguiente:

"Como Cuestión Previa:

Que el Tribunal declare el consentimiento de la Liquidación Final practicada por los mismos y por ende el pago de la suma ascendiente a 5' 670, 307.23 (Cinco millones seiscientos setenta trescientos siete y 23/100 Nuevos soles) incluido IGV.

En el caso que se declare improcedente o infundada, entonces solicita lo siguiente:

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal declare que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 367,296.56 (Trescientos sesenta y

¹³ Anexo 1-H de la Demanda.

¹⁴ Artículo 25. Demanda arbitral

La parte interesada en iniciar el arbitraje deberá interponer su demanda arbitral ante la Secretaría del SNCA-CONSUCODE, la que deberá ponerla en conocimiento de la parte demandada.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

siete mil doscientos noventa y seis y 56/100 Nuevos soles) incluido IGV, por concepto de metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo al contrato principal, pero que no han sido pagados por diferencias de cálculo con la Demandada, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago.

2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

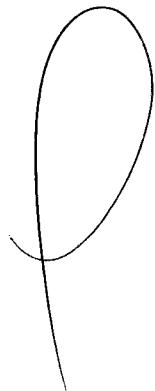
Que el Tribunal declare que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 428,491.51 (Cuatrocientos veintiocho mil cuatrocientos noventa y uno y 51/100 Nuevos soles) incluido IGV, por concepto de metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo a los presupuestos adicionales 1, 3, 4, 5 y 6, pero que no han sido pagados por aparentes diferencias de cálculo con la Demandada, más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal declare que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 2'001,561.27 (Dos millones mil quinientos sesenta y uno y 27/100 Nuevos soles) incluido IGV, por concepto de mayores obras ejecutadas y trabajos de emergencia consistentes en la eliminación de derrumbes y excavación en las paredes agrietadas de ciertos taludes en inminente peligro de derrumbe; instruidas, medidas, valorizadas y certificadas por el Supervisor, más los intereses legales que se devenguen.

3.1 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en caso el Tribunal no ampare la Tercera Pretensión Principal, proceda a ordenar que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 2'001,561.27 (Dos millones un mil quinientos sesenta y uno y 27/100 Nuevos soles), incluido IGV, por concepto de indemnización por los daños irrogados como consecuencia de los incumplimientos de la demandada y/o del ejercicio abusivo de sus derechos y/o de su conducta negligente en la ejecución del Contrato de Obra, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho que se detallan en la



Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

parte correspondiente de la presente Demanda, más los intereses correspondientes.

3.2 SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en el caso que el Tribunal desestime la Tercera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Subordinada, solicitan que se ordene a PROVIAS pagar al CONSORCIO la suma de 2'001,561.27 (Dos millones un mil quinientos sesenta y uno y 27/100 Nuevos soles), incluido IGV, en calidad de Resarcimiento por el Enriquecimiento sin Causa en que ha incurrido la Demandada a costa de la Demandante, derivado del hecho de haberse ejecutado a favor de aquélla, prestaciones de eliminación de derrumbes y excavación en taludes agrietados, beneficiando a la Demandada sin causa jurídica que justifique tal beneficio, más IGV y los intereses correspondientes.

4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal declare que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 2'300,382.59 (Dos millones trescientos mil trescientos ochenta y dos y 59/100 Nuevos soles), incluido IGV, por concepto de costos por reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, más los intereses legales que se devenguen a la fecha efectiva de pago.

4.1 PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA:

En caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal, solicitan que se ordene a PROVIAS pagar al CONSORCIO la suma de 2'300,382.59 (Dos millones trescientos mil trescientos ochenta y dos y 59/100 Nuevos soles), incluido IGV, por concepto de indemnización por los daños irrogados, más los intereses correspondientes.

4.2 SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA:

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Que, en caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal ni su Primera Pretensión Subordinada, solicita que se ordene a PROVIAS pagar al CONSORCIO la suma de 2'300,382.59 (Dos millones trescientos mil trescientos ochenta y dos y 59/100 Nuevos soles), incluido IGV, en calidad de Resarcimiento por el Enriquecimiento sin Causa en que ha incurrido la Demandada a costa de la Demandante, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago.

5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, el Tribunal declare que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO la suma de 538,961.76 (Quinientos treinta y ocho mil novecientos sesenta y uno y 76/100 Nuevos soles), incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales aún no pagados por la demandada, correspondientes a las ampliaciones de plazo concedidas durante la ejecución de la obra, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago”.

28. Asimismo, en el segundo otrosí de su Demanda, el CONSORCIO designó al Dr. Luis Humberto Arrese Orellana como su árbitro de parte.
29. Mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2008, el CONSORCIO amplió su Demanda en el extremo referido a la Cuarta Pretensión Principal. La ampliación de la Demanda consiste en la presentación de documentos adicionales que sustentan la referida pretensión, la cual se refiere al pago que supuestamente debió efectuarle PROVIAS por trabajos de reconstrucción y reparación de daños sufridos en la carretera por efecto de los derrumbes.
30. Mediante Oficio No. 4202-2008-CONSUCODE-OCA de fecha 04 de septiembre de 2008, el Jefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo de CONSUCODE (actual OSCE) remitió a PROVIAS el escrito de demanda del CONTRATISTA y su respectiva ampliación, de fechas 06 y 21 de mayo de 2008 respectivamente



Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

31. Dentro del plazo establecido en el artículo 26 del Reglamento del SNCA del OSCE¹⁵, mediante escrito de fecha 18 de setiembre de 2008, PROVÍAS presentó su Contestación de Demanda, señalando los argumentos que consideró pertinentes.
32. En el referido escrito, PROVÍAS planteó además las siguientes excepciones de incompetencia del Tribunal Arbitral:
 - a. Respecto a la Tercera y Cuarta Pretensión Principal y sus subordinadas. Conforme al literal k) del artículo 22¹⁶ de la Ley No. 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República (en adelante la CONTRALORÍA), PROVÍAS planteó que “no es posible cuestionar por vía arbitral las decisiones de CGR [la CONTRALORÍA] ni sus efectos, por lo cual las pretensiones del Consorcio destinadas a cuestionar y/o enervar y/o inobsevar las decisiones de CGR no pueden ser resueltas ante este Tribunal”.
 - b. Respecto a la Segunda Pretensión Subordinada de la Tercera Pretensión Principal y a la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal, PROVÍAS manifestó que “la pretensión de enriquecimiento indebido no resulta ser una pretensión arbitrable por ser ajena a la ejecución contractual y nuestra entidad no se encuentra obligada a arbitrar sobre controversias ajenas a la ejecución contractual”.
33. Mediante Oficio No. 4818-2008-CONSUCODE/OCA de fecha 03 de octubre de 2008, el OSCE comunicó al Dr. Alejandro Falla la designación efectuada por PROVÍAS como árbitro de parte y solicitó la aceptación del referido nombramiento dentro del plazo de cinco (05) días hábiles.
34. Al respecto, mediante carta 508-2008-BFE/af de fecha 18 de septiembre de 2008, el Dr. Alejandro Falla aceptó la designación efectuada y posteriormente mediante Carta 532-2008-BFE/af de fecha 09 de octubre de 2008 ratificó dicha aceptación.

¹⁵ “Artículo 26. Contestación de la demanda

Dentro del plazo de diez (10) días de notificada la demanda por la Secretaría del SNCA, CONSUCODE la parte demandada deberá presentar su contestación (...).

¹⁶ “Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:
(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento”.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

35. Una vez que los árbitros de parte aceptaron la designación efectuada, mediante carta de fecha 15 de octubre de 2008, los doctores Luis Humberto Arrese Orellana y Alejandro Falla Jara designaron al doctor Rolando Eyzaguirre Maccan como Presidente del Tribunal Arbitral.
36. Mediante carta de fecha 17 de octubre de 2008, el Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan aceptó la designación efectuada.
37. Mediante escrito de fecha 27 de octubre del 2008, PROVÍAS formuló una recusación contra el árbitro Luis Humberto Arrese Orellana.
38. Mediante oficios de fecha 31 de octubre del 2008, el OSCE puso en conocimiento del Dr. Arrese Orellana y del CONTRATISTA la recusación formulada, otorgándoles un plazo de cinco (05) días para expresar lo conveniente a su derecho.
39. Mediante comunicación de fecha 03 de diciembre de 2008, el Dr. Luis Arrese comunicó su renuncia al cargo de árbitro en el presente proceso.
40. Ante ello, mediante escrito No. 03 de fecha 03 de febrero de 2009, el CONSORCIO designó como árbitro al Dr. Francisco Barrón Velis, quien, mediante carta de fecha 13 de febrero de 2009, aceptó la designación realizada por el CONTRATISTA.
41. Por su parte, mediante comunicación del 18 de febrero del 2009, el Dr. Francisco Barrón Velis y el Dr. Alejandro Falla comunicaron al OSCE la designación del doctor Rolando Eyzaguirre Maccan como Presidente del Tribunal Arbitral.
42. Por otro lado, mediante escrito de fecha 20 de febrero del 2009, PROVÍAS formuló una nueva recusación contra el Dr. Francisco Barrón Velis.
43. Asimismo, mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2009, PROVÍAS solicitó, entre otras cosas, la suspensión del proceso arbitral hasta que se resuelva la recusación formulada contra el Dr. Francisco Barrón.
44. Mediante escrito de fecha 24 de marzo de 2009, PROVÍAS solicitó al Tribunal Arbitral precisar los montos de los gastos administrativos y de los honorarios del Tribunal Arbitral.
45. Mediante escrito de fecha 13 de abril del 2009, el CONSORCIO se pronunció sobre la recusación planteada por PROVÍAS contra el Dr. Francisco Barrón, afirmando los argumentos que consideró pertinentes.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

46. Mediante Resolución No. 336-2009-OSCE/PRE de fecha 22 de setiembre de 2009, el OSCE finalmente declaró infundada la recusación formulada por PROVÍAS contra el doctor Francisco Barrón.
47. Cabe señalar que, mediante carta No. 683-2009-BFE/afj de fecha 24 de noviembre de 2009, el Dr. Alejandro Falla declaró nuevos hechos en atención al principio de transparencia que rige el proceso.
48. Mediante escrito de fecha 06 de enero de 2010, PROVÍAS solicitó que el Tribunal le faculte a realizar los pagos tan sólo del Tribunal Arbitral, en la medida que aún no se le remite el comprobante de pago por concepto de gastos administrativos, a cargo del OSCE. Ello a fin de evitar la dilación del proceso.
49. A través del escrito del 13 de enero del 2010, el CONSORCIO cumplió con acreditar el pago de la tasa por gastos administrativos, los que se refieren a la Secretaría Arbitral.
50. En la Audiencia de Instalación de fecha 28 de enero de 2010, el Tribunal (i) facultó al CONSORCIO a efectuar el pago de los gastos administrativos dentro de un plazo de diez (10) días hábiles; (ii) otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que PROVÍAS acredite la cancelación del pago de los honorarios arbitrales y (iii) facultó a la parte demandante para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de vencido el plazo otorgado al demandado realice dichos pagos. Finalmente la señalada Audiencia quedó suspendida.
51. De otro lado, mediante Resolución No. 1 de fecha 17 de febrero del 2010, el Tribunal Arbitral (i) otorgó al CONTRATISTA un plazo excepcional de cinco (05) días hábiles de notificada la referida Resolución a fin de que acredite la cancelación de los gastos administrativos del OSCE, bajo apercibimiento de declarar de manera definitiva el archivo del presente proceso arbitral y (ii) facultó al CONSORCIO a fin de que en un plazo de (10) días hábiles cumpla con acreditar el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, bajo apercibimiento de declarar archivado definitivamente el proceso.
52. Dentro del plazo otorgado por el Tribunal en la referida Audiencia de Instalación, mediante escritos de fechas 24 de febrero y 05 de marzo de 2010, el CONSORCIO manifestó haber cumplido con cancelar los gastos administrativos del OSCE y los honorarios arbitrales, que correspondían a PROVÍAS.
53. Debido a ello, mediante Resolución No. 2 de fecha 08 de marzo de 2010, el Tribunal resolvió (i) tener por cumplido el pago de los gastos

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

administrativos del OSCE y los honorarios arbitrales del Tribunal Arbitral, por parte del CONSORCIO, (ii) solicitó a PROVÍAS que en el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la referida Resolución devuelva los recibos por honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y (iii) citó a las partes a la continuación de la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 30 de marzo a las 09:00 horas en la sede del arbitraje.

54. En la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 30 de marzo del 2010, el Tribunal Arbitral suspendió el presente proceso arbitral puesto que (i) el CONSORCIO adujo no haber sido notificada con la Contestación de la Demanda y (ii) PROVÍAS señaló no haber sido notificada con la Ampliación de la Demanda.
55. Posteriormente, mediante Razón de Secretaría de fecha 31 de marzo de 2010 se informó que la Contestación de la Demanda y la Ampliación de la Demanda fueron oportunamente notificadas a las partes.
56. En efecto, según consta en los cargos que obran en el expediente, el escrito de Contestación de Demanda fue notificado al CONSORCIO mediante Oficio No. 4816-2008-CONSUCODE/OCA de fecha 09 de octubre de 2008. Por otro lado, el escrito de Ampliación de Demanda fue notificado a PROVÍAS, mediante Oficio No. 4202-2008-CONSUCODE de fecha 04 de setiembre del 2008.
57. Teniendo en cuenta ello, mediante Resolución No. 3 de fecha 06 de abril de 2010, el Tribunal resolvió poner en conocimiento de las partes la Razón de Secretaría de fecha 31 de marzo de 2010 a fin de que, en un plazo de tres (03) días hábiles, las partes manifiesten lo conveniente a su derecho.
58. Dentro del plazo otorgado, mediante escrito No. 04 de fecha 15 de abril de 2010, PROVÍAS absolió el traslado manifestando que, a pesar de lo señalado en el referido Oficio No. 4202-2008 que contendría tanto la Demanda como la Ampliación de la misma, esta última no le había sido notificada. Por tal motivo solicitó al Tribunal que se le ponga en conocimiento de la referida Ampliación de Demanda.
59. Por otro lado, mediante escrito de fecha 15 de abril de 2010, el CONSORCIO señaló que no ha sido notificado correctamente en su domicilio procesal pese a que en su oportunidad, y previamente en el expediente, constaba el referido domicilio.
60. Luego de ello, mediante Resolución No. 4 de fecha 23 de abril de 2010, el Tribunal resolvió (i) no ha lugar lo solicitado por PROVÍAS mediante escrito con fecha 15 de abril de 2010 e indicó que la ENTIDAD podrá solicitar a la

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Secretaría del SNA-OSCE copia del escrito de ampliación de demanda presentado por el CONSORCIO, (ii) poner en conocimiento del CONTRATISTA el escrito de Contestación de demanda de fecha 18 de setiembre de 2008 y (iii) otorgar al CONSORCIO un plazo de diez (10) hábiles de notificado con la referida Resolución para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a la excepciones de incompetencia formuladas por la ENTIDAD.

61. Posteriormente, mediante escrito No. 06 de fecha 11 de mayo de 2010, PROVIAS manifestó su discrepancia con lo expuesto en la referida Resolución No. 4 y solicitó una copia simple de la ampliación de demanda con el efecto de pronunciarse sobre ella.
62. Mediante escrito No. 05 de fecha 11 de mayo del 2010, PROVÍAS señaló la imposibilidad de devolver los recibos por honorarios solicitados por el Tribunal conforme a lo requerido en la Resolución No. 2 del 08 de marzo de 2010 y solicitó al Tribunal reconsiderar *"la posibilidad de aceptar el pago del monto correspondiente por parte de la Entidad y a la devolución de los importes cancelados por Consorcio Vial Oxapampa, ya que de lo contrario [se verán] imposibilitados de proceder a la devolución de los recibos por honorarios"*.
63. Mediante escrito No. 08 de fecha 13 de mayo del 2010, el CONSORCIO cumplió con absolver lo solicitado en la Resolución No. 4 y manifestó los argumentos que consideró convenientes respecto a las excepciones de incompetencia deducidas por PROVÍAS.
64. Mediante Resolución No. 5 de fecha 24 de mayo de 2010, el Tribunal (i) encargó a la Secretaría Arbitral la emisión de las copias del escrito de Ampliación de Demanda del CONSORCIO de fecha 21 de mayo de 2008, (ii) corrió traslado al CONSORCIO del escrito No. 05 presentado por PROVIAS con fecha 11 de mayo de 2010 a fin de que en un plazo de 5 (cinco) días exprese lo conveniente a su derecho y (iii) citó a las partes a la continuación de la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se llevaría a cabo el día 07 de junio a las 11:00 horas, en la sede del arbitraje.
65. Teniendo en cuenta ello, en la continuación de la referida Audiencia, entre otras cosas, el Tribunal fijó los siguientes puntos controvertidos, contando con la conformidad de ambas partes:

"A.- CUESTIÓN PREVIA DE LA DEMANDA.-

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

¿Corresponde declarar que la Liquidación Final presentada por EL CONSORCIO quedó consentida por PROVÍAS al, supuestamente no haber cumplido con establecer la suya? De ser así ¿corresponde que PROVÍAS pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 5'670,307.23 (Cinco Millones Seiscientos Setenta Mil Trescientos Siete y 23/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses devengados y los que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago?

B.- PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma total de S/. 367,296.56 (Trescientos Sesenta y Siete Mil Doscientos Noventa y Seis y 56 Nuevos Soles) incluido IGV, y se ordene su pago, por concepto de montos correspondientes a metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo al Contrato Principal, pero que no han sido pagados por supuestas diferencias de cálculo con la Demandada, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

Para ello el Tribunal deberá resolver, de manera separada los dos extremos de esta Pretensión:

B.1.- Primer Extremo: Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 276, 108.88 (Doscientos Setenta y Seis Mil Ciento Ocho y 88/100 Nuevos Soles), incluido IGV y se ordene su pago, por concepto de metrados supuestamente ejecutados y no valorizados por PROVÍAS por supuestas diferencias de cálculo, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

B.2.- Segundo Extremo: Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 91,187.677 (Noventa y Un Mil Ciento Ochenta y Siete y 677/100 Nuevos Soles) incluido IGV y se ordene su pago, por concepto de montos pagados a cuenta del Contrato Principal valorizados por PROVÍAS y a decir de EL CONSORCIO supuestamente no pagados, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

C.- SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma total de S/.428,491.51 (Cuatrocientos Veintiocho Mil Cuatrocientos Noventa y Uno y 51/100 Nuevos Soles), incluido IGV, y se ordene su pago, por concepto de montos correspondientes a supuestos metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo a los Presupuestos Adicionales No 1,3,4,5 y 6, pero que no han sido pagados por aparentes diferencias de cálculo con PROVÍAS, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

D.- TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de 2'001,561.27 (Dos Millones Un Mil Quinientos Sesenta y Uno y 27/100 Nuevos Soles)¹⁷ incluido IGV, por concepto de mayores obras ejecutadas y trabajos de emergencia consistentes en la eliminación de derrumbes y excavación en las paredes agrietadas de ciertos taludes en inminente peligro de derrumbe; supuestamente instruidas, medidas, valorizadas y certificadas por el Supervisor, correspondientes todas ellas a los Presupuestos Adicionales No. 07 y No. 08, más los intereses legales que se devenguen?

¹⁷ Cabe precisar que en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de junio del 2010 se estableció que el monto materia de la controversia respecto a la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas ascendía a 2'001,561.27 (Dos Millones Un Mil Quinientos Sesenta y Uno y 27/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO amplió su Demanda en relación a la presente Pretensión y sus subordinadas, indicando que el monto demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/.2'303,184.64 (Dos Millones Trescientos Tres Mil Ciento Ochenta y Cuatro y 64/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

La razón del cambio es el error en el cálculo por parte del CONTRATISTA y se remite a los mismos medios probatorios presentados en el presente proceso.

Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda, sin que haya manifestado discrepancia respecto a la admisión de la Ampliación de la Demanda en tal extremo.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVÍAS en relación a la presente Pretensión Principal?

D.1.- PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Tercera Pretensión Principal, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de 2'001,561.27¹⁸ incluido IGV por concepto de indemnización por los daños irrogados como consecuencia de los incumplimientos de PROVÍAS y/o del ejercicio abusivo de sus derechos y/o de su conducta negligente en la ejecución del Contrato de obra, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho que se detallan en esta pretensión, más los intereses correspondientes.

D.2.- SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Tercera Pretensión Principal ni su Primera Pretensión Subordinada, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de 2'001,561.27¹⁹ incluido IGV por concepto de Resarcimiento por el supuesto enriquecimiento sin causa en el que habría incurrido, en relación a las prestaciones de eliminación de derrumbes y excavación en taludes agrietadas, beneficiando a la demandada supuestamente sin causa jurídica que justifique tal beneficio, más los intereses correspondientes.

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVÍAS en relación a la presente Pretensión Subordinada?

E.- CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a el

¹⁸ Idem

¹⁹ Idem

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

CONSORCIO la suma de S/. 2'300,382.59 incluido IGV²⁰, por concepto de costos por reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVÍAS en relación a la presente Pretensión Principal?

E1.- PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal, ¿Corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'300,382.59 incluido IGV²¹, por concepto de indemnización por los daños irrogados en relación a los hechos materia de esta pretensión, más los intereses correspondientes?

E2.- SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal ni su Primera Pretensión Subordinada, ¿Corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 2'300,382.59 incluido IGV²², en calidad de Resarcimiento por el Enriquecimiento sin causa en que habría incurrido PROVÍAS a costa de el CONSORCIO en relación a los

²⁰ Cabe precisar que en la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de junio del 2010 se estableció que el monto materia de la controversia respecto a la Cuarta Pretensión Principal y sus subordinadas ascendía a S/. 2'300,382.59 incluido IGV.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO modificó su Demanda en relación a la presente Pretensión y sus subordinadas, indicando que el monto demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/. 1'933,094.62 (Un Millón Novecientos Treinta y Tres Mil Noventa y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

La razón del cambio es el error en el cálculo por parte del CONTRATISTA y se remite a los mismos medios probatorios presentados en el presente proceso.

Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda, sin que haya manifestado discrepancia respecto a la admisión de la Ampliación de la Demanda en tal extremo.

²¹ Idem.

²² Idem.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

hechos de esta Pretensión, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVÍAS en relación a la presente Pretensión Subordinada?

F.- QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 538,961.76 incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales supuestamente aún no pagados por PROVÍAS, correspondientes a las ampliaciones de plazo concedidas durante la ejecución de la obra, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago”.

66. Asimismo, en la referida Audiencia, el Tribunal arbitral:

- a. Admitió y tuvo por actuados los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO en su escrito de Demanda presentado con fecha 06 de mayo de 2008, signados con los numerales 1-A) al 1-Ñ y 1-P al 1-V) del acápite “PRUEBAS DOCUMENTALES” del referido escrito. Asimismo admitió y tuvo por actuados los medios probatorios ofrecidos en la Ampliación de Demanda presentada con fecha 21 de mayo de 2008.
- b. Admitió y tuvo por actuados los medios probatorios ofrecidos por PROVÍAS en su escrito de Contestación de Demanda presentado con fecha 18 de setiembre de 2008, signados con los medios probatorios del acápite 1 al 13 en el numeral 3. “MEDIOS PROBATORIOS”.
- c. Requirió al CONTRATISTA para que en un plazo de diez (10) días hábiles presente: (i) la Resolución de Vicecontraloría No. 034-2007-CGR de fecha 11 de setiembre de 2007 y (ii) la Resolución Directoral que aprobó el Presupuesto Adicional No. 06, correspondiente a la R.D. No. 034-2007-MTC/20 de fecha 18 de abril de 2007.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- d. Requirió a PROVÍAS a fin de que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles cumpla con presentar la Carta No. 290-2006-MTC/20.5.
- e. Determinó la realización de una Pericia de Oficio y concedió a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que presenten cada una de ellas una lista de tres posibles Peritos de Oficio
- f. Citó a las partes a dos (02) audiencias especiales en donde las partes expondrían los hechos materia de la controversia.
67. Del mismo modo, en la referida Audiencia, el Tribunal otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que las partes cumplan con presentar los siguientes documentos:-
- a. Con respecto a la Cuestión Previa de la Demanda.-
- *Carta No. 005-2008/CSVPO-JS, de fecha 24 de marzo de 2008, a través de la cual la SUPERVISIÓN habría remitido la Liquidación del Contrato de Obra.*
 - *Informe No. 025-2008-MTC/20.5/LCHV de fecha 15 de abril de 2008 (referido en la p. 1 de la Contestación de Demanda de PROVÍAS) –, conjuntamente con su respectivo cargo, a través del cual PROVÍAS habría indicado los argumentos de la validez de su Liquidación así como de la Resolución Directoral 1199-2008-MTC/20.*
- b. Con respecto al Presupuesto Adicional No. 07 (que forma parte de la Tercera Pretensión Principal).-
- *Carta No. 137-2007/CSVPO-JS de fecha 20 de marzo de 2007 mediante la cual la SUPERVISIÓN remitió el Presupuesto Adicional No. 07 a PROVÍAS para su aprobación.*
 - *Informe No. 002-2007-MTC/21.UGE/HBB de fecha 30 de marzo de 2007, a través del cual la Unidad Gerencial de Estudios – en su calidad de Proyectista de la obra – se pronuncia en relación al referido Presupuesto Adicional No. 07.*
 - *Informe No. 76-2007-MTC/20.5-LCHV de fecha 13 de abril de 2007, a través de la cual el Especialista de Obras se*

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

pronuncia favorablemente en relación al Presupuesto Adicional No. 07.

- *Informe 146-2007-MTC-20.3.AAR de fecha 16 de abril de 2007, a través del cual la Gerencia de Asuntos Legales de PROVÍAS estima procedente continuar con el trámite de aprobación del Presupuesto Adicional No. 07.*
- *Oficio No. 385-2007-MTC/20 recibido en LA CONTRALORÍA el 19 de abril de 2007, a través del cual PROVÍAS solicitó a la CONTRALORÍA la aprobación y pago del Presupuesto Adicional No. 07.*
- *Oficio No. 495-2007-CG/VC de fecha 04 de mayo de 2007, mediante el cual la CONTRALORÍA solicitó a PROVÍAS aclaraciones e información complementaria en relación al Presupuesto Adicional No. 07 en cuestión.*
- *Oficio No. 459-2007-MTC/20 recibido en LA CONTRALORÍA el 11 de mayo de 2007, a través del cual PROVÍAS absolvio el requerimiento formulado por LA CONTRALORÍA.*
- *Recurso de Reconsideración de fecha 21 de junio de 2007 presentado por PROVÍAS en contra de la Resolución Vicecontraloría No. 024-2007 de fecha 31 de mayo de 2007 mediante la cual la Contraloría desestimó la autorización del Presupuesto Adicional No. 07.*

c. Con respecto al Presupuesto Adicional No. 08 (que forma parte de la Tercera Pretensión Principal).-

- *Carta No. 353-2007/CSVPO-JS de fecha 19 de julio de 2007, a través de la cual LA SUPERVISIÓN solicitó a PROVÍAS la aprobación del referido Presupuesto Adicional No. 08.*
- *Informe No. 041-2007-MTC/21.UGE/CAAE de fecha 27 de julio de 2007, mediante el cual la Unidad Gerencial de Estudio – en su calidad de Proyectista de la obra – se pronuncia en relación al referido Presupuesto Adicional No. 08.*

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- *Informe No. 166-2007-MTC/20.5/LCHV de fecha 13 de agosto de 2007, mediante el cual el Especialista de Obras se pronuncia favorablemente en relación al Presupuesto Adicional No. 08.*
 - *Informe No. 379-2007-MTC-20.3.AAR de fecha 14 de agosto de 2007, mediante el cual la Gerencia de Asuntos Legales de PROVÍAS estima procedente continuar con el trámite de aprobación del Presupuesto Adicional No. 07.*
 - *Oficio No. 920-2007 de fecha 17 de agosto de 2007, a través del cual PROVÍAS solicitó a la Contraloría la autorización, previa a la ejecución y pago, del referido Presupuesto Adicional No. 08.*
- d. Con respecto a las Ampliaciones de Plazo No. 01, No. 02, No. 03, No. 04, No. 11, No. 12, No. 15 y No. 18 (que forman parte de la Quinta Pretensión Principal.-**
- *Resolución Directoral No. 518-2006-MTC/20, de fecha 02 de marzo de 2006, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 01, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 588-2006-MTC/20, de fecha 13 de marzo de 2006, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 02, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 660-2006-MTC/20, de fecha 22 de marzo de 2006, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 03, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 1122-2006-MTC/20, de fecha 28 de abril de 2006, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 04, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 3891-2006-MTC/20, de fecha 12 de diciembre de 2006, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 11, conjuntamente con sus Anexos.*

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- *Resolución Directoral No. 085-2007-MTC/20, de fecha 18 de enero de 2007, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 12, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 1233-2007-MTC/20, de fecha 30 de marzo de 2007, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 15, conjuntamente con sus Anexos.*
 - *Resolución Directoral No. 4043-2007-MTC/20, de fecha 07 de septiembre de 2007, mediante la cual se concedió la Ampliación de Plazo No. 18, conjuntamente con sus Anexos.*
68. Mediante escrito No. 9 de fecha 07 de junio de 2010, el CONTRATISTA cumplió con absolver lo requerido por el Tribunal Arbitral, en la Resolución No. 05 de fecha 24 de mayo de 2010, respecto a la solicitud de PROVÍAS de aceptar el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, ya cubiertos por el CONSORCIO. Ello debido a que la ENTIDAD habría efectuado las retenciones del Impuesto a la Renta a cuenta de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral.
69. Mediante escrito No. 6 de fecha 14 de junio del 2010, PROVÍAS reiteró su pedido indicado mediante escrito No. 5 de fecha 10 de mayo de 2010, respecto a su solicitud de aceptar el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral.
70. Posteriormente, mediante Resolución No. 6 de fecha 16 de junio de 2010, el Tribunal declaró (i) tener presente el escrito No. 09 del CONSORCIO presentado con fecha 07 de junio del 2010 y (ii) improcedente la solicitud de PROVÍAS manifestada a través de sus escritos No. 05 de fecha 10 de mayo de 2010 y No. 06 de fecha 14 de junio de 2010.
71. Dentro del plazo concedido y mediante escrito No. 07 de fecha 17 de junio del 2010, PROVÍAS cumplió con presentar lo solicitado por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos.
72. Del mismo modo, dentro del plazo concedido y mediante escrito No. 11 de fecha 21 de junio del 2010, el CONSORCIO (i) cumplió con presentar lo solicitado por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos, (ii) ofreció nuevos medios probatorios y (iii) solicitó que PROVÍAS exhiba una serie de documentos requeridos por el Tribunal y que no obran en su poder.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

73. Asimismo, mediante el referido escrito No. 11, el CONSORCIO amplió su Demanda arbitral señalando lo siguiente:

"(...) en la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas por error material solicitamos que el Tribunal ordene a la Entidad el pago de la suma de S/. 2' 001 561. 27 (Dos Millones Mil Quinientos Sesenta y Uno con 27/100 Nuevos Soles) por concepto de mayores obras ejecutadas y trabajos de emergencia, cuando en realidad el monto que corresponde se nos pague asciende a la suma de S/. 2'303 184.64 (Dos Millones Trescientos Mil Tres Ciento Ochenta y Cuatro con 64/100 Nuevos Soles), tal como consta en la Liquidación presentada por el Contratista.

De la misma manera, en la Cuarta Pretensión Principal y sus subordinadas reclamamos el pago de la suma de S/. 2 '300, 382.59, por concepto de Costos de reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, siendo que el monto correcto asciende a S/. 1'933, 094.62 (Un Millón novecientos Treinta y Tres Mil Noventa y Cuatro con 62/ 100 Nuevos Soles)".

74. Con fecha 21 de junio de 2010 se celebró la primera parte de la Audiencia Especial en la que las partes cumplieron con presentar su posición respecto a la presente controversia. Asimismo, las partes, de común acuerdo, determinaron la designación del ingeniero Federico Zambrano Olivera como Perito.
75. En la referida Audiencia además se reprogramó la Audiencia Especial del día viernes 25 de junio de 2010 para el día lunes 05 de julio de 2010 a horas 10:30, en las oficinas ubicadas en la Calle Roma No. 397, San Isidro.
76. Mediante Resolución No. 7 de fecha 25 de junio del 2010, el Tribunal:
- a. Tuvo por Absuelto el requerimiento efectuado al CONSORCIO en la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos respecto a la presentación de los documentos correspondientes a (i) la Resolución de Vicecontraloría No. 034-2007-CGR de fecha 11 de septiembre de 2007 y (ii) la R.D. No. 034-2007-MTC/20 de fecha 18 de abril de 2007, los cuales fueron inicialmente presentados de forma incompleta;
 - b. Tuvo por Absuelto el requerimiento efectuado a PROVÍAS en la referida Audiencia, correspondiente a la exhibición de la Carta No. 290-2006-MTC/20.5, de acuerdo a lo solicitado en la Demanda del CONSORCIO;

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- c. Tuvo por absuelto el requerimiento efectuado tanto al CONSORCIO como a PROVÍAS, solicitado en la misma Audiencia, consistente en la presentación de los medios probatorios de oficio solicitados por el Tribunal;
 - d. Corrió traslado a PROVÍAS de la Ampliación de Demanda del CONSORCIO a fin de que se pronuncie sobre la misma en un plazo de diez (10) días hábiles;
 - e. Determinó que carece de objeto solicitar la exhibición de los documentos requeridos por el CONSORCIO a PROVÍAS en la medida que estos ya fueron presentados por la ENTIDAD.
 - f. Corrió traslado a PROVÍAS de una serie de nuevos medios probatorios presentados por el CONSORCIO a fin de que en un plazo de cinco (05) días hábiles manifieste lo que considere conveniente a su derecho²³.
77. Mediante escritos No. 08 y 11, ambos de fecha 02 de julio de 2010, tanto PROVÍAS como el CONTRATISTA respectivamente, presentaron sus propuestas de Pliego Pericial.
78. Por otro lado, cabe indicar que con fecha 05 de julio de 2010 se llevó a cabo la segunda parte de la Audiencia Especial suspendida anteriormente.
79. Mediante escrito No. 8 de fecha 06 de julio de 2010, PROVÍAS presentó la Liquidación de obra presentada por el SUPERVISOR, conforme lo solicitó el Tribunal en la Audiencia Especial del 21 de junio de 2010.

²³ Dichos nuevos medios probatorios correspondieron a los siguientes documentos:

- I. Carta No. 496-2007-MTC/20.5 de fecha 31 de mayo de 2007.
- II. Oficio No. 535-2007-CV/VC de fecha 31 de mayo de 2007.
- III. Resolución de Vicecontraloría No. 024-2007-C de fecha 31 de mayo de 2007.
- IV. Informe No. 041-2007-CG/OEA de fecha 29 de mayo de 2007.
- V. Resolución Directoral No. 1330-2007-MTC/20 de fecha 18 de abril de 2007.
- VI. Carta No. 8887-2007-MTC/20.5 de fecha 09 de agosto de 2007.
- VII. Oficio No. 632-2007-CG/VC de fecha 07 de agosto de 2007.
- VIII. Resolución de Vicecontraloría No. 028-2007-CG de fecha 07 de agosto de 2007.
- IX. Informe No. 052-2007-CG/OEA de fecha 03 de agosto de 2007.
- X. Resolución Directoral No. 3579-2007-MTC/20 de fecha 17 de agosto de 2007.
- XI. Informe No. 052-2007-MTC/20.3.MSL de fecha 27 de febrero de 2006.
- XII. Informe No. 028-2006-MTC-20.5-MAG de fecha 24 de febrero de 2006.
- XIII. Informe 047-2006-MTC-20.5-MAG de fecha 14 marzo de 2006.
- XIV. Informe 056-MTC/20.3.VLL de fecha 15 de marzo de 2006.
- XV. Carta No. 1125-2007-MTC/20.5 de fecha 14 de septiembre de 2007.
- XVI. Oficio No. 688-2007-CG/VC de fecha 11 de septiembre de 2007.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

80. Por ello, a través de la Resolución No. 8 de fecha 08 de julio de 2010, el Tribunal corrió traslado de la referida Liquidación de PROVÍAS, como nuevo medio probatorio, al CONSORCIO a fin de que en un plazo de cinco (05) días manifieste lo conveniente a su derecho. Dentro del plazo establecido, mediante escrito No. 13 de fecha 23 de julio de 2010 el CONSORCIO se pronunció sobre dicha Liquidación y señaló lo que consideró pertinente.
81. De otro lado, mediante escrito No. 09 de fecha 19 de julio de 2010, PROVÍAS absolvío lo solicitado en la Resolución No. 7 respecto a la Ampliación de la Demanda en la Tercera y Cuarta pretensión del CONSORCIO. Al respecto PROVÍAS señaló lo siguiente:

"Nos pronunciamos respecto a la modificación en los montos de las pretensiones tercera y cuarta de la contratista, señalando en primer lugar que la modificación realizada no tiene ni sustento ni acreditación alguna, por cuanto de manera discrecional la demandante realiza la modificación de montos sin señalar a qué partidas ni que sustento tiene".

82. Posteriormente, mediante Carta de fecha 22 de julio de 2010, el Ingeniero Federico Zambrano Olivera aceptó el encargo de Perito designado por las partes del presente proceso arbitral.
83. A través de la Resolución No. 9 de fecha 09 de julio de 2010, el Tribunal tuvo por presentadas las propuestas de Pliegos periciales de ambas partes y, teniendo en cuenta las mismas, aprobó un Pliego Pericial parcial, el cual puso en conocimiento tanto de ambas partes como del Perito designado.
84. Mediante Resolución No. 10 de fecha 11 de agosto de 2010, el Tribunal resolvió: (i) tener presente lo indicado por PROVÍAS mediante escrito No. 09 de fecha 19 de julio de 2010; (ii) tener presente lo acompañado por el CONSORCIO a través de su escrito No. 12 y poner en conocimiento de PROVÍAS el mismo; y (iii) tener por cumplido la absolución del CONSORCIO respecto a la Liquidación de obra de PROVÍAS.
85. Mediante escrito No. 16 de fecha 16 de agosto de 2010, el CONSORCIO solicitó la reconsideración del Pliego Pericial y recomendó diversos ajustes al mismo. Así también, mediante escrito de fecha 23 de agosto de 2010, PROVÍAS manifestó que se encuentran *"conformes con el contenido de las preguntas referidas a la primera, segunda, tercera y cuarta pretensiones"*; sin embargo, efectuaron una recomendación en relación a las preguntas relacionadas a la Quinta Pretensión Principal de la demanda del CONSORCIO.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

86. Por medio de la Resolución No. 11 de fecha 15 de octubre de 2010, el Tribunal (i) aprobó el pliego pericial final y (ii) requirió el pago del 50% de los honorarios del Perito en partes iguales dentro de un plazo de diez (10) días hábiles.
87. Cabe señalar además que, en el Pliego Pericial aprobado a través de la referida Resolución No. 11, se dejó constancia de lo siguiente:

"3.- Al respecto cabe precisar que mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010 el CONSORCIO amplió su Demanda en relación a la presente Pretensión, indicando que el monto demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/.2'303,184.64 (Dos Millones Trescientos Tres Mil Ciento Ochenta y Cuatro y 64/100 Nuevos Soles). Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda.

No obstante cabe señalar que, sin perjuicio de la posición indicada por PROVÍAS, ello no afecta la elaboración del presente Pliego Pericial, dado que las preguntas que el Perito deberá responder en relación a esta Pretensión deben ser respondidas utilizando los medios probatorios que obran en el expediente y los documentos adicionales que el mismo solicite, sin corresponder necesariamente a lo demandado por el CONSORCIO"

"4.- Al respecto cabe precisar que mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010 el CONSORCIO modificó su Demanda en relación a la presente Pretensión, indicando que el monto demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/.1'933,094.62 (Un Millón Novecientos Treinta y Tres Mil Noventa y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles). Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda.

No obstante cabe señalar que, sin perjuicio de la posición indicada por PROVÍAS, ello no afecta la elaboración del presente Pliego Pericial, dado que las preguntas que el Perito deberá responder en relación a esta Pretensión deben ser respondidas utilizando los medios probatorios que obran en el expediente y los documentos adicionales que el mismo solicite, sin corresponder necesariamente a lo demandado por el CONSORCIO".

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

88. Mediante carta de fecha 26 de octubre del 2010, el Perito solicitó a las partes la documentación necesaria para ejecutar la pericia.
89. Por ello, mediante Resolución No. 12 de fecha 09 de noviembre de 2010, el Tribunal resolvió lo siguiente:
 - a. Dejó constancia de que ninguna de las partes ha cumplido con cancelar los gastos solicitados en la Resolución No. 11, respecto a los honorarios del Perito designado por las partes.
 - b. Otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que cumplan con pagar el 50% de los honorarios del Perito, bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral.
 - c. Tener presente la carta presentada por el Perito con fecha 26 de octubre de 2010.
 - d. Solicitó al CONSORCIO que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con presentar una (01) copia de la siguiente documentación: (i) la Liquidación de Contrato de Obra y (ii) las Actas de Acuerdos Conciliatorios y Laudos Arbitrales que puedan afectar la Liquidación de Obra.
 - e. Solicitó a PROVÍAS que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con presentar una (01) copia de la siguiente documentación: (i) la Liquidación de Contrato de Obra, (ii) el Contrato de Ejecución de Obra, las Adendas al Contrato, los documentos que constituyan obligaciones contractuales, los Calendarios Valorizados de Avance de Obra y los Diagramas PERT-CPM y GANTT, presentados a la firma de contrato, y actualizados con las ampliaciones de plazo aprobadas; y (iii) las Actas de Acuerdo Conciliatorios y Laudos Arbitrales que puedan afectar la Liquidación de Obra
90. Teniendo en cuenta ello, mediante escrito No. 09 de fecha 02 de diciembre de 2010, PROVÍAS solicitó la remisión de los comprobantes de pago del Perito así como un plazo adicional para cumplir con el pago de los honorarios del mismo.
91. Por su parte, mediante escrito No. 15 de fecha 02 de diciembre de 2010, el CONSORCIO acreditó el pago de su parte de la deuda de los honorarios del Perito.
92. Por medio del escrito No. 16 de fecha 10 de diciembre de 2010, el CONTRATISTA cumplió con absolver cada uno de los puntos requeridos

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

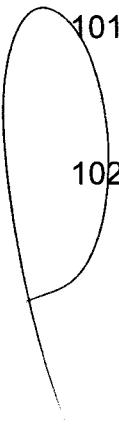
en la Resolución No. 12, los cuales corresponden a la presentación de la siguiente documentación: (i) la Liquidación de Contrato de Obra y (ii) las Actas de Acuerdo Conciliatorios y Laudos Arbitrales que puedan afectar la Liquidación de Obra.

93. Así también, mediante escrito No. 10 de fecha 13 de diciembre de 2010, la ENTIDAD puso a disposición del Tribunal Arbitral los documentos solicitados en la Resolución No. 12 y remitió una copia de los siguientes documentos: (i) la Liquidación de Contrato de Obra, (ii) el Contrato de Ejecución de Obra, las Adendas al Contrato, los documentos que constituyan obligaciones contractuales, los Calendarios Valorizados de Avance de Obra y los Diagramas PERT-CPM y GANTT, presentados a la firma de contrato, y actualizados con las ampliaciones de plazo aprobadas; y (iii) las Actas de Acuerdo Conciliatorios y Laudos Arbitrales que puedan afectar la Liquidación de Obra.
94. Mediante Oficio No. 103-2011-OSCE/DAA de fecha 04 de enero de 2010, la Secretaría arbitral remitió la factura No. 000405 del Perito a PROVÍAS.
95. Mediante Resolución No. 13 de fecha 09 de enero de 2011, el Tribunal (i) otorgó diez (10) días a PROVÍAS a fin de que cumpla con acreditar el pago del perito; (ii) tuvo por cumplido lo solicitado al CONTRATISTA y remitió los documentos presentados por el mismo al Perito; (iii) estableció que la entrega del Dictamen Pericial será en treinta (30) días hábiles una vez cubierto el 50% de los honorarios del perito, los mismos que aún se encontraban pendientes; (iv) tuvo por cumplido lo solicitado a PROVÍAS y (v) puso en conocimiento del perito y de la parte contraria los documentos presentados.
96. Mediante carta de fecha 31 de enero de 2011, el Perito solicitó una serie de documentos complementarios a las partes a fin de ejecutar íntegramente el encargo²⁴.

²⁴ Los documentos solicitados por el Perito fueron los siguientes:

- I. Volumen No. 01 al Volumen No. 17 del sustento de metrados, por parte de la Entidad.
- II. Comprobantes de pago de la Entidad, referido a las valorizaciones, adelantos y mayores gastos generales, por parte de la Entidad.
- III. Resoluciones que aprueban los presupuestos adicionales y deductivos por ambas partes.
- IV. Presupuestos adicionales y deductivos aprobados con sus respectivos expedientes o sustento por ambas partes.
- V. Desagregados de los mayores gastos generales fijos y variables entregados a la firma del contrato.
- VI. Resoluciones de ampliaciones de plazo con los sustentos que allí se indican.
- VII Calendario de avance valorizado, vigente al término de plazo contractual.
- VIII. Liquidación de cada una de las partes en CD.

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

97. Por ello mediante Resolución No. 14 de fecha 04 de febrero de 2011, el Tribunal (i) dejó constancia de que no se había acreditado el pago de los honorarios del perito por parte de PROVÍAS, por lo que solicitó al CONSORCIO se subrogue en el pago; (ii) requirió al CONTRATISTA que realice el pago de los honorarios del perito Federico Walter Zambrano Olivera dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada la referida Resolución; (iii) tuvo presente los documentos solicitados por el ingeniero Federico Walter Zambrano Olivera mediante carta de fecha 31 de enero de 2011; (iv) solicitó a las partes que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la referida Resolución, remitan los documentos requeridos por el referido Perito.
98. En consecuencia, mediante escrito No. 12 de fecha 16 de febrero de 2011, PROVÍAS informó al Tribunal que el pago de los honorarios ya está siendo tramitado, por lo que pide se deje sin efecto la concesión hecha al CONSORCIO para que asuma dichos honorarios y solicitó una ampliación de 05 días hábiles para presentar los documentos requeridos mediante Resolución No. 14.
99. Mediante escrito No. 17 de fecha 24 de febrero del 2011, el CONSORCIO presentó el cheque de pago por subrogación en favor del Perito y acreditó también la entrega parcial de los documentos solicitados por el Tribunal en la referida Resolución No. 14. 
100. Mediante Resolución No.15 de fecha 07 de marzo de 2011, el Tribunal (i) tuvo por cumplido parcialmente el requerimiento efectuado al CONSORCIO; (ii) solicitó que en el plazo de cinco (05) días hábiles el CONSORCIO cumpla con presentar una (01) copia adicional del escrito de fecha 23 de febrero de 2011 con sus respectivos anexos para el Perito y cinco (05) copias de la Liquidación del Contrato en CD; (iii) solicitó a PROVÍAS que en el plazo de tres (03) días hábiles acredite haber cancelado los honorarios del perito antes del 23 de febrero de 2011, caso contrario se aceptará el pago efectuado por el CONSORCIO; (iv) dejó constancia de que el CONSORCIO ha presentado mediante cheque el pago de los honorarios del perito Federico Walter Zambrano Olivera y (v) otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a PROVÍAS para que presente los documentos solicitados en la referida Resolución No. 14. 
101. Mediante escrito No. 13 de fecha 21 de marzo de 2011, PROVÍAS acreditó el pago de los honorarios profesionales del Perito con fecha 18 de marzo de 2011. 
102. Mediante escrito No. 14 de fecha 23 de marzo de 2011, PROVÍAS señaló que con respecto a los documentos solicitados por el Perito, a fin de cumplir con las copias requeridas, el costo total de tan solo una copia

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

ascendería a la suma de S/. 29,320.00; por lo cual solicitó al Tribunal Arbitral que el Perito realice la revisión de la documentación requerida en las instalaciones de la propia entidad.

103. Mediante escrito No. 19 de fecha 23 de marzo de 2011, el CONTRATISTA cumplió con presentar lo solicitado mediante Resolución No. 15. En esa medida presentó una (01) copia adicional de su escrito de fecha 23 de febrero de 2011 con sus respectivos anexos para el Perito y cinco (05) copias de la Liquidación del Contrato en CD.
104. Mediante Resolución No. 16 de fecha 19 de abril de 2011, el Tribunal resolvió (i) tener por cumplido de manera total los requerimientos realizados al CONSORCIO, así como el pago efectuado por parte de PROVÍAS de los honorarios del Perito; (ii) teniendo en cuenta la solicitud de PROVÍAS en su escrito No. 19, le concedió un plazo adicional para presentar dos copias de los documentos que no consten en el expediente, de acuerdo a lo solicitado por el Perito; y (iii) fijó que el plazo de la entrega del dictamen pericial es de 30 días una vez entregadas las copias.
105. Mediante escrito No. 14 de fecha 05 de mayo de 2011, PROVÍAS reiteró que el cumplimiento de todo lo solicitado por el Tribunal respecto a los documentos requeridos por el Perito, implicaría un costo ascendente a la suma de S/. 29,320.27 por una sola copia de dichos documentos. Por lo tal motivo la ENTIDAD solicitó la reevaluación de dicho requerimiento.
106. Mediante Resolución No. 17 de fecha 19 de mayo de 2011, el Tribunal resolvió otorgar un plazo de diez (10) días hábiles de plazo a PROVÍAS para que entregue dos (02) juegos de los documentos requeridos por el Perito, en formato digital (escaneados y en CD), debidamente identificados, o, en su defecto, los pertinentes en físico y los demás en formato digital, también debidamente identificados, bajo apercibimiento de sólo tomar en cuenta los que obran en el expediente.
107. Por medio del escrito No. 13 del 03 de junio del 2011, PROVÍAS remitió copias de los documentos que consideró convenientes respecto a la solicitud del Perito, conforme a lo establecido en las Resoluciones No. 14 y No. 17.
108. A través de la Resolución No. 18 de fecha 08 de junio de 2011, el Tribunal resolvió (i) tener presente los documentos presentados por PROVÍAS en su referido escrito No. 13; (ii) facultar a la Secretaría Arbitral a fin de que permita el acceso al CONSORCIO a la lectura de dicho escrito; y (iii) establecer el levantamiento de la suspensión del plazo de entrega del Dictamen Pericial.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

109. Posteriormente, mediante carta de fecha 27 de julio de 2011, el Perito solicitó (i) un plazo adicional de 15 días hábiles para presentar su Informe Pericial; y (ii) requirió a las partes la presentación de copias legibles de algunos documentos y del sustento de los mismos y de documentos que coincidan con la versión digital.
110. Ante ello, mediante Resolución No. 19 de fecha 15 de agosto de 2011, el Tribunal otorgó un plazo excepcional de cinco (05) días hábiles de notificada la resolución al Perito para que emita su Informe Pericial y ordenó a la Secretaría Arbitral le otorgue las facilidades del caso para que revise los documentos del Expediente Arbitral.
111. Conforme al plazo concedido por el Tribunal, a través de carta de fecha 26 de agosto del 2011, el Perito designado por las partes presentó su Dictamen Pericial.
112. Por ello, a través de la Resolución No. 20 de fecha 08 de septiembre de 2011, el Tribunal puso en conocimiento de las partes el Dictamen Pericial y les otorgó un plazo de siete (07) días hábiles para que formulen las observaciones que estimen convenientes y fijó como fecha de la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial y de la Absolución de las observaciones y comentarios que las partes hayan planteado, el día 20 de octubre del 2011.
113. Con comunicación de fecha 20 de setiembre del 2011, el Perito informó al Tribunal Arbitral que corresponde realizar el pago del 50% restante de sus honorarios, para lo cual remitió sus respectivos comprobantes de pago. 
114. Mediante escrito de fecha 29 de setiembre del 2011, PROVÍAS solicitó una ampliación de plazo de (07) siete días hábiles adicionales para presentar sus observaciones al Dictamen Pericial.
115. Al respecto, mediante Resolución No. 21 de fecha 17 de octubre del 2011, el Tribunal (i) resolvió no ha lugar el pedido de PROVÍAS respecto a la ampliación del plazo y (ii) solicitó que, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles, las partes cumplan con cancelar la totalidad de los honorarios del Perito.
116. Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2011, PROVÍAS presentó el expediente de la Liquidación preparada por el SUPERVISOR. 
117. Con fecha 20 de octubre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación del Dictamen Pericial. En dicha Audiencia, el Tribunal (i) puso en conocimiento del CONSORCIO y del Perito el escrito presentado por PROVÍAS el 19 de octubre de 2011; (ii) ordenó a PROVÍAS entregar una

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

copia legible o en soporte digital del sustento de los metrados de la ejecución de la obra el día 24 de octubre de 2011 y (iii) otorgó al Perito un plazo de quince (15) días calendarios, contabilizados a partir del día 24 de octubre de 2011, a fin de que presente un Dictamen Pericial Complementario.

118. Con fecha 24 de octubre de 2011 se realizó la Diligencia acordada en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial, en la cual se dejó constancia de lo siguiente:

"En este acto PROVIAS NACIONAL hace entrega en original y con cargo a devolución de los siguientes documentos al Perito:

- *Expediente de Liquidación de Obra presentada por el Consorcio Supervisor Paucartambo – Oxapampa de 124 folios, este contiene la planilla de metrados ejecutados reestructurados en el contrato principal, la misma que contiene la siguiente observación:*
 - *Se cuenta con la planilla de metrados ejecutados adicional de obra Nos. 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 y 09.*
 - *No se encuentra sustento de metrados de las planillas de metrados ejecutados.*
 - *Se cuenta con la Carta 005-2008/CSVPO-TS.*
- *Expediente con 33 folios relacionado con la liquidación de obra de documentos internos mas R.D. No. 1199-2008-MTC/20".*

119. Con carta de fecha 03 de noviembre de 2011, el Perito remitió el Informe Pericial Complementario solicitado por el Tribunal. Asimismo, pidió que se cancelen sus honorarios profesionales.

120. Mediante Resolución No. 22 de fecha 15 de noviembre del 2011, el Tribunal requirió a las partes a fin de que en un plazo de diez días hábiles procedan a cancelar el saldo pendiente de pago de los honorarios del perito. Asimismo se fijó como fecha de la Audiencia de Sustentación Integral de la Pericia y de su Informe Complementario, así como de la absolución de las observaciones y comentarios que las partes hayan planteado, para el día 29 de noviembre del 2011.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

121. Al respecto, mediante escrito No. 21 de fecha 29 de diciembre de 2011, el CONTRATISTA manifestó que cumplió con pagar los honorarios del Perito.
122. Con fecha 29 de noviembre de 2011 se realizó la Audiencia de Sustentación del Dictamen Pericial, con la finalidad de complementar el sustento oral tanto del Dictamen Pericial como del Informe Complementario presentado por el Ing. Federico Zambrano.
123. En la referida Audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó a PROVÍAS un plazo de tres (03) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto al Dictamen Complementario del Perito. Por su parte, el Ing. Zambrano manifestó que PROVÍAS cumplió con cancelar el saldo pendiente de sus honorarios.
124. Mediante escrito de fecha 02 de diciembre de 2011, la ENTIDAD procedió a cumplir el requerimiento respecto al Dictamen Complementario presentado por el Perito, manifestando lo que consideró conveniente a su derecho.
125. Por medio de la Resolución No. 23 de fecha 12 de diciembre de 2011, el Tribunal (i) tuvo por cumplido el saldo pendiente de pago de los honorarios del Perito que corresponde a ambas partes y (ii) puso en conocimiento del CONSORCIO y del Perito, el Ing. Federico Zambrano Olivera, el escrito de fecha 02 de diciembre de 2011 presentado por PROVÍAS a fin de que manifiesten lo que consideren conveniente dentro del plazo de tres (03) días hábiles.
126. Mediante Resolución No. 24 de fecha 22 de diciembre de 2011, el Tribunal (i) dio por concluida la etapa de actuación de los medios probatorios; (ii) concedió a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos por escrito y (iii) fijó como fecha de la Audiencia de Informes Orales el día miércoles 11 de enero de 2012 a las 04:00 pm.
127. Mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2011, el Ing. Federico Zambrano señaló los argumentos que consideró convenientes respecto al escrito presentado por PROVÍAS.
128. Mediante Razón de Secretaría de fecha 03 de enero de 2012, el Secretario Arbitral dejó constancia de que (i) la Resolución No. 23, que fue notificada al CONSORCIO el 19 de diciembre de 2011, otorgó un plazo de tres (03) días hábiles a dicho CONTRATISTA a fin de que se pronuncie respecto al contenido del escrito presentado por PROVÍAS con fecha 02 de diciembre de 2011 y que (ii) dentro de plazo establecido mediante escrito No. 22 de fecha 22 de diciembre de 2011, el CONSORCIO se pronunció respecto al referido escrito.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

129. Por ello, mediante Resolución No.25 de fecha 11 de enero de 2012, el Tribunal puso en conocimiento de PROVIAS dicho escrito del CONSORCIO.
130. Mediante Resolución No. 26 de fecha 11 de enero de 2012, el Tribunal puso en conocimiento de las partes la comunicación de fecha 27 de diciembre de 2011, presentada por el Perito.
131. Con fecha 11 de enero de 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales, que se pospuso debido a la inasistencia de PROVIAS. Se dejó constancia de su inasistencia y de su solicitud de reprogramación presentada el 10 de enero de 2012. Se reprogramó además la Audiencia de Informes Orales para el día 19 de enero de 2012.
132. Con fecha 19 de enero de 2012 se realizó la Audiencia de Sustentación de Informes Orales. En la referida Audiencia se otorgó a PROVIAS un plazo de dos (02) días hábiles para entregar la siguiente documentación:
- a. Sentencia Casatoria: CAS No. 5114-2009-LIMA.
 - b. Antecedentes Judiciales respecto a la sentencia Casatoria.
 - c. Sentencia de la Primera Sala Sub especializada en lo Comercial de la Corte Superior.
133. Mediante escrito del 23 de enero de 2012, PROVIAS cumplió con entregar lo solicitado por el Tribunal.
134. Mediante Resolución No. 27 de fecha 25 de enero de 2012, el Tribunal tuvo por cumplido lo requerido en la Audiencia de Informes Orales y otorgó al CONSORCIO un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que manifieste lo que consideren conveniente a su derecho.
135. Mediante escrito del 10 de febrero de 2012, el CONSORCIO cumplió con lo dispuesto en Resolución No. 27.
136. Por ello, mediante Resolución No. 28 de fecha 29 de febrero de 2012, el Tribunal tuvo por cumplido lo requerido a través de la Resolución No. 27, fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles a partir de notificada la referida Resolución y dejó constancia de que no se encuentra pendiente de resolución ninguna solicitud de las partes y que la Etapa Probatoria se encuentra cerrada.
137. Mediante Resolución No. 29 de fecha 22 de marzo de 2012, el Tribunal prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

I.- ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Declaración Previa

138. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Proceso Arbitral se constituyó de conformidad con la LCAE y el REGLAMENTO, al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que luego de recusado uno de los árbitros, el Tribunal Arbitral se recompuso con el árbitro sustituto, (iii) no se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en la Instalación de este Arbitraje; (iv) que el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (v) que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la Demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vii) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
139. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

1. CUESTIÓN PREVIA DE LA DEMANDA.-

¿Corresponde declarar que la Liquidación Final presentada por el CONSORCIO quedó consentida por PROVÍAS al, supuestamente no haber cumplido con establecer la suya? De ser así, ¿corresponde que PROVÍAS pague al CONSORCIO la suma de S/. 5'670,307.23 (Cinco Millones Seiscientos Setenta Mil Trescientos Siete y 23/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses devengados y los que se devenguen hasta la fecha efectiva del pago?

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

140. Mediante Carta No. 012-2008-R/PP-OXA²⁵ de fecha 27 de febrero de 2008, el CONSORCIO, a través de la SUPERVISIÓN, remitió a PROVÍAS su Liquidación de Obra final.
141. Por su parte, mediante Carta No. 005-2008/CSVPO²⁶ de fecha 24 de marzo de 2008, la SUPERVISIÓN remitió a PROVÍAS la Liquidación de Obra y su informe respectivo.
142. Ante ello, mediante Informe No. 20-2008-MTC-20.5/LCHV de fecha 27 de marzo de 2008 que fue notificado a través del Memorándum No. 955-2008-MTC/20. 5 de la misma fecha, el Especialista de Obras estableció en su análisis que, entre otras cosas, “el saldo a favor del Contratista asciende a S/. 1'816,508.01 incluido IGV”.
143. Por su parte, mediante Informe No. 156-2008-MTC/20.3.CPC de fecha 27 de marzo de 2008, la Unidad Gerencial de Asuntos Legales sugiere que corresponde aprobar la Liquidación Final del CONTRATO conforme al sustento expuesto por el Especialista de Obras de la ENTIDAD.
144. Posteriormente, dentro del plazo de 30 días establecido en el artículo 164º del Reglamento²⁷, PROVÍAS notificó la Resolución Directoral No. 1199-

²⁵ Anexo 1-C de la Demanda.

²⁶ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 08 de fecha 06 de julio de 2010.

²⁷ “Artículo 164.-Liquidación del contrato de obra.-

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a la Entidad los documentos de Declaratoria de Fábrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

2008-MTC/20²⁸ de fecha 28 de marzo de 2008, a través de la cual indicó ciertas deficiencias de la Liquidación presentada por el CONTRATISTA, motivo por el cual aprobó su propia Liquidación de Obra, presentando como Anexo No. 1 un cuadro Resumen de la misma.

145. Ante ello, mediante Carta No. OXA 128-129-08²⁹ de fecha 02 de abril de 2008, EL CONSORCIO le indicó a PROVÍAS que su Liquidación habría sido remitida sin el debido sustento de la documentación y de los cálculos, supuestamente contradiciendo con ello el artículo 43° de la LCAE³⁰.
146. Así, mediante Carta No. 398-2008-MTC/20/5³¹ de fecha 07 de abril de 2008, PROVÍAS indicó al CONTRATISTA que la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20³² de fecha 28 de marzo de 2008 sí habría contado con el sustento suficiente y había sido notificada conforme a Ley. Finalmente le indicó que podía solicitar toda la información que considere pertinente a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
147. Finalmente, mediante Carta No. OXA 131-08³³ de fecha 11 de abril de 2008, el CONSORCIO le indicó a PROVÍAS que, a su entender, la liquidación presentada por dicho CONTRATISTA habría quedado consentida puesto que la ENTIDAD no les habría notificado la que ella misma habría practicado. En ese sentido, el CONSORCIO indicó que era obligación de la ENTIDAD no sólo emitir y notificar la Resolución Directoral que aprobaba su Liquidación, sino también debió notificar la Liquidación misma así como su sustentación, lo cual no habría realizado.
148. En esa línea, el CONSORCIO señaló que “*siendo que la liquidación que habría sido practicada por la Entidad, no ha sido notificada hasta la fecha,*

liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. (...).

²⁸ Anexo 1-E de la Demanda.

²⁹ Anexo 1-F de la Demanda.

³⁰ “Artículo 43°.- Culminación del contrato

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

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación”.

³¹ Anexo 1-G de la Demanda.

³² Anexo 1-E de la Demanda.

³³ Anexo 1-H de la Demanda.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

se debe considerar que la liquidación practicada por nuestro Consorcio quedó Consentida”.

Posición del CONSORCIO.-

149. Al respecto, el CONSORCIO sostiene que su Liquidación de Obra ha quedado consentida, puesto que no ha sido correctamente observada dentro del plazo establecido en el CONTRATO y en la LCAE y su Reglamento.

150. En efecto, el CONSORCIO en su Demanda ha indicado que mediante la referida Carta No. OXA 128-129-08³⁴ de fecha 02 de abril de 2008 ha dejado constancia de que la ENTIDAD no ha cumplido con anexar la liquidación que sustenta el resumen de su Liquidación Final que fue aprobada mediante Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20³⁵ de fecha 28 de marzo de 2008.

151. Asimismo, el CONTRATISTA indicó que mediante la referida carta se otorgó “*a la Entidad la oportunidad de que subsane su omisión y [les] entregue su liquidación completa*”. Sin embargo, mediante Carta No. 398-2008-MTC/20/5³⁶ de fecha 07 de abril de 2008, PROVIAS rechazó su solicitud por lo que el CONSORCIO sostiene que su versión de la Liquidación Final ha sido válidamente aprobada.

152. En este sentido, en el escrito de Demanda, el CONSORCIO señaló que PROVIAS debe precisar si:

- (i) “*La citada Resolución Directoral y sus anexos constituyen su liquidación final, en cuyo caso, no pueden pretender ampliarla sustancialmente o modificarla, pues eso querría decir que no nos notificaron propiamente su liquidación final, sino el mero acto administrativo que la aprobaba; o*
- (ii) “*Si en realidad la Resolución Directoral aludida era solo el acto administrativo que aprobada la Liquidación Final de la Entidad (la que no nos fue propiamente notificada) en cuyo caso habría que considerar que nuestra Liquidación Final ha quedado consentida*”.

³⁴ Anexo 1-F de la Demanda.

³⁵ Anexo 1-E de la Demanda.

³⁶ Anexo 1-G de la Demanda.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

153. Cabe indicar que el CONSORCIO manifiesta que, en tanto no les ha sido posible precisar con exactitud las diferencias que tienen con PROVÍAS en torno a la Liquidación Final pues dicha ENTIDAD no les habría notificado la suya, se reservaba el derecho de ampliar su demanda, incluyendo nuevas pretensiones o ampliando los fundamentos y medios probatorios en torno a la Liquidación Final que proponga PROVÍAS.
154. Finalmente, el CONSORCIO señala que el monto que solicita en esta pretensión corresponde al monto de su Liquidación Final, menos los montos que serían materia de disputa en otros procesos arbitrales que se refieren a la determinación de Gastos Generales por las ampliaciones de plazo Nos. 4, 5, 7 y 16 respectivamente.

Posición de PROVÍAS.-

155. En primer lugar, PROVÍAS señala que la presente Cuestión Previa no sería tal, puesto que parece en realidad una Pretensión y no un medio de defensa como correspondería a una Cuestión Previa. Para ello hacen referencia al artículo 4° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que *"las cuestiones previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio"*. Por tal motivo PROVÍAS considera que la Cuestión Previa en cuestión debe declararse Improcedente.
156. Sin perjuicio de ello, PROVÍAS hace referencia al Informe No. 025-2008-MTC/20.5/LCHV³⁷ del 15 de abril de 2008, en el cual dicha ENTIDAD defiende la validez de su Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20³⁸ de fecha 28 de marzo de 2008, mediante la cual aprobó su propia Liquidación.
157. En esa línea PROVÍAS sostiene que dicha Resolución Directoral sí estaba debidamente sustentada y el hecho que no haya estado acompañada de sus Anexos constituiría una situación accesoria y subsanable. Asimismo sostiene que EL CONSORCIO no habría tomado en cuenta la modificación efectuada por DS. 079-2001-PCM al artículo 164° del Reglamento de la LCAE, la misma que supuestamente no le exige a la entidad remitir al Contratista la documentación sustentatoria de su nueva Liquidación.
158. Finalmente concluye indicando que EL CONTRATISTA no puede pretender que su Liquidación de Obra se declare consentida si dicha

³⁷ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

³⁸ Anexo 1-E de la Demanda.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

ENTIDAD sí se pronunció dentro del plazo, indicando que la misma no era correcta.

Resolución del Tribunal.-

159. Antes de analizar los puntos controvertidos fijados para efectos de resolver la presente cuestión previa, el Tribunal estima pertinente precisar el marco conceptual y legal que guiará su análisis.

A. Marco legal aplicable

160. Conforme a la cláusula Vigésimo Séptima del CONTRATO y tal como se señaló en el Acta de Instalación de este Tribunal, son de aplicación al CONTRATO y a la presente controversia la versión de la LCAE aprobada mediante Decreto Supremo No. 012 – 2001-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 013-2001-PCM.

161. La etapa de liquidación de los contratos de obra es el momento en el que las partes llegan a un acuerdo sobre las labores efectivamente ejecutadas y el monto que corresponde cancelar por este concepto. Se trata entonces de la etapa que pone fin definitivamente al Contrato. Es, en ese sentido, una etapa que requiere de un análisis detallado de todos los hechos suscitados durante su ejecución (metrados efectivamente construidos, posteriores adicionales de obra o ampliaciones de plazo, entre otros). Requiere también, como resulta evidente, de un procedimiento en el cual se asegure que cada parte podrá expresar su posición sobre los montos que corresponde sean cancelados o recibidos.

162. La liquidación de contratos de obra es un tema de mayor sensibilidad en el caso de contratos celebrados con el Estado, en el cual los pagos que se dispongan como producto de esta etapa provendrán en la gran mayoría de casos de recursos públicos. Es así que el procedimiento a seguir en estos casos no se encuentra sujeto a la libre autonomía de las partes sino que ha sido expresamente establecido por la LCAE y su Reglamento, guardando una serie de formalidades que buscan tutelar los recursos del Estado y, al mismo tiempo, el derecho del contratista a recibir el monto que efectivamente le corresponde. Una vez que la liquidación sea aprobada se cierra el expediente de la contratación o adquisición.

163. En el presente caso, las normas que establecen el procedimiento que debe seguirse para la liquidación de los contratos de obra pública celebrados con el Estado son los artículos 43 de la LCAE y 164 de su Reglamento. El artículo 43 de la LCAE dispone expresamente que:

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

"Artículo 43.- Culminación del contrato

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

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

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada, según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación".

164. Por su parte, el artículo 164 del Reglamento regula el detalle de los plazos y demás requisitos aplicables. Cabe señalar que el artículo 3° fue modificado por el Decreto Supremo No. 079-2001-PCM de fecha 03 de julio de 2001, el cual es aplicable en el presente caso.

"Artículo 164.-Liquidación del contrato de obra.-"

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

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los Artículos 185 y/o 186.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Una vez que la liquidación haya quedado consentida, el contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación”.

165. De acuerdo con lo dispuesto en las normas antes citadas, es el contratista quien tiene la iniciativa en la presentación de la Liquidación Final de la obra. Así, corresponde a éste elaborar la Liquidación Final en un plazo equivalente a treinta (30) días o un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor. Este plazo se contará desde el día siguiente de la recepción de obra³⁹.

³⁹ En opinión de este Tribunal, al no existir disposición en contrario, los plazos de sesenta (60), treinta (30) y quince (15) días contenidos en el artículo 164 se computarán en días hábiles por aplicación directa del artículo 18 del Reglamento, que señala lo siguiente:

Artículo 18.- Cómputo de plazos.-

En los procesos de selección, desde su convocatoria y hasta la suscripción del contrato y en los términos procesales, los plazos establecidos en días sin calificarse por la Ley y el presente

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

166. La entidad contratante tiene a su vez un plazo de treinta (30) días a fin de aprobar u observar la liquidación presentada por el contratista o, en su defecto, elaborar la suya.
167. La entidad tendrá la carga de elaborar la Liquidación Final también en los casos en los cuales el contratista no cumpla con presentar su versión de la misma dentro del plazo previsto por la norma. En dichos casos, aún a pesar de la omisión, la LCAE protege al contratista y pese a obligarlo a asumir los gastos en los que incurra la Entidad como consecuencia de ello, le concede un plazo de quince (15) días para ejercer su derecho de defensa y pronunciarse sobre la liquidación elaborada por la Entidad. De no hacer uso del mismo, la Liquidación elaborada por la Entidad quedará consentida para todos los efectos legales.
168. En adición a ello, una correcta interpretación de los referidos artículos 43 de la LCAE y 164 de su Reglamento nos lleva a concluir que también establecen una serie de requisitos en la elaboración de las liquidaciones finales. En el caso del contratista, éste deberá acompañar su Liquidación Final de Obra con la documentación y cálculos detallados así como con la minuta de Declaratoria de Fábrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. Igualmente, en caso la liquidación sea elaborada por la entidad contratante, a criterio del Tribunal ésta se encuentra obligada a fundamentar su Liquidación Final con la correspondiente documentación sustentatoria y los cálculos detallados de la misma.
169. El Tribunal considera que dicha exigencia por parte de ambas contrapartes contractuales tiene como finalidad permitir a la contraria verificar las partidas y conceptos incluidos en las respectivas liquidaciones y mostrar su discrepancia en torno a lo que será materia de pago, de estimarlo pertinente. En otras palabras, es la manera como el procedimiento permite a la otra parte ejercer debidamente su derecho de defensa, contando no sólo con un plazo razonable para estos efectos sino también con información suficiente para identificar en qué consisten sus discrepancias y poder cuestionarlas, o argumentar en torno a ellas.
170. La inclusión de todo monto materia de pago y su sustentación son parte esencial del proceso liquidatorio y del derecho de cada contraparte contractual de poder revisar los cálculos efectuados por la contraria. En el caso de la entidad, para asegurarse que está pagando lo que le

Reglamento se computarán como días hábiles en la República del Perú y/o en la localidad en la que se realiza el proceso de selección. Son inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, así como los de duelo nacional no laborables y otros declarados por el Poder Ejecutivo. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento.



*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

corresponde pagar, y del contratista, de que se está viendo resarcido por la totalidad de gastos en los que incurrió y utilidades que le corresponden.

171. En el presente caso, El CONTRATO recogió expresamente la aplicación del régimen legal antes señalado, al establecer en su Cláusula Décimo Octava que “*La Liquidación del Contrato se presentará de conformidad con lo estipulado en el Artículo 164° del Reglamento de la Ley anteriormente mencionada*”.
172. Teniendo en cuenta el Marco Conceptual y Legal presentado, el Tribunal Arbitral procederá a resolver la Cuestión Previa deducida por el CONSORCIO.

B. ¿Quedó consentida la Liquidación Final presentada por el CONSORCIO?

173. Teniendo en cuenta lo señalado en el punto anterior, el Tribunal procederá a establecer si quedó consentida o no la Liquidación Final del Contrato presentado por el CONSORCIO mediante Carta No. 012-2008-R/PP-OXA.
174. El CONSORCIO sostiene que su Liquidación Final de Obra presentada a través de la Carta No. 012-2008-R/PP-OXA⁴⁰ de fecha 27 de febrero de 2008 ha quedado consentida puesto que PROVIAS (i) no ha observado la Liquidación del CONTRATISTA, (ii) ni ha presentado una Liquidación que se encuentra debidamente sustentada dentro del plazo establecido por el artículo 164° del Reglamento y conforme al artículo 43 de la LCAE.
175. Al respecto, como se desarrolló anteriormente, corresponde al CONTRATISTA presentar la Liquidación Final de la Obra en un plazo de “sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra”, el que resulte más corto. Este plazo se contabiliza desde el día siguiente de la recepción de obra.
176. Por su parte, la ENTIDAD tiene un plazo de treinta (30) días de recibida la Liquidación Final del CONTRATISTA para pronunciarse. En caso no estuviere conforme con la misma, deberá practicar y presentar al CONTRATISTA una Liquidación Final alternativa.
177. Dentro del plazo establecido por el artículo 164 del Reglamento, mediante Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20⁴¹ de fecha 28 de marzo de

⁴⁰ Anexo 1-C de la Demanda.

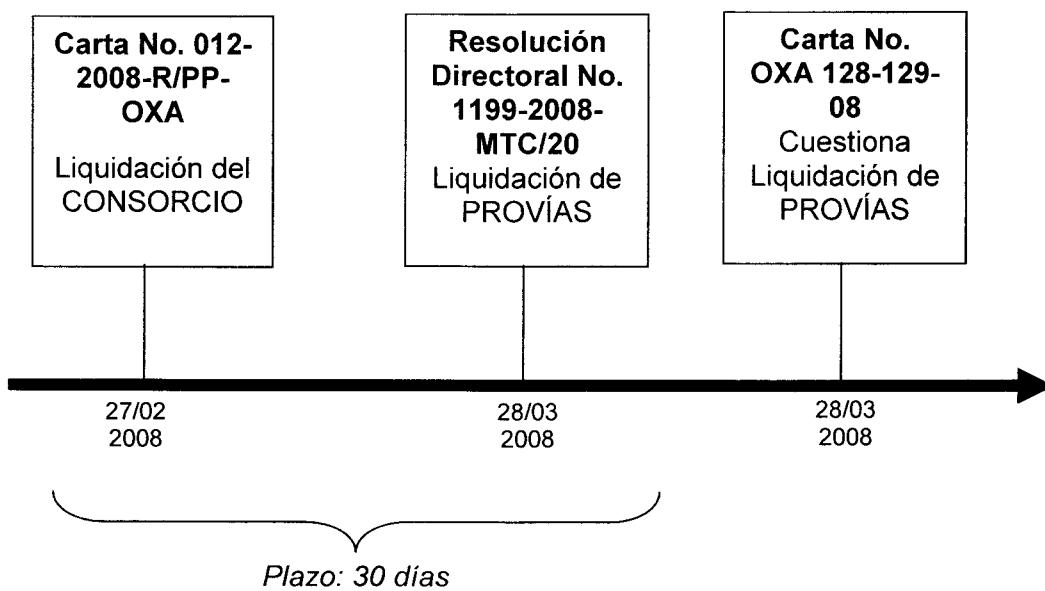
⁴¹ Anexo 1-E de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

2008⁴², PROVIAS aprobó y presentó su versión de la Liquidación Final de la Obra.

178. Con lo cual se deja constancia que la ENTIDAD cumplió con pronunciarse “[D]entro del plazo de treinta (30) días [hábiles] de recibida” la liquidación elaborada por el CONTRATISTA. Tal como se muestra en el Gráfico siguiente:



179. Mediante Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20, PROVÍAS presentó su propia versión de la Liquidación Final del CONTRATO conforme a lo establecido en el artículo 164 del REGLAMENTO que dispone que “la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra”.

180. Al respecto, si bien como declara el CONTRATISTA, la ENTIDAD no sustentó con detalle la versión de su Liquidación Final, sí dejó constancia de la no conformidad con la versión presentada por el CONTRATISTA.

181. En la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20⁴³, PROVÍAS determinó, entre otras cosas, que el costo total de la obra asciende a la suma de S/. 112'036,601.70. Cifra distinta a la solicitada por el

⁴² La Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20 fue notificada al CONSORCIO el 28 de marzo de 2008, tal como consta en la cédula de Notificación No. 1138-2008-MTC/20.3 [Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 10 de fecha 13 de diciembre de 2010].

⁴³ Anexo 1-E de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

CONSORCIO que requería el pago de una suma total de S/. 128'494,898.43, entre otras diferencias.

182. Por lo cual queda claro que, dentro del plazo establecido por el Reglamento, PROVÍAS cumplió con pronunciarse y establecer su propia Liquidación Final del Contrato.
183. Ante ello, el CONTRATISTA tenía la potestad de presentar sus observaciones a la Liquidación presentada por la ENTIDAD.
184. En ese sentido, mediante Carta No. OXA 128-129-08⁴⁴ de fecha 02 de abril de 2008, el CONSORCIO solicitó a PROVÍAS el debido sustento de la Liquidación que había publicado. No obstante, mediante Carta No. 398-2008-MTC/20/5⁴⁵ de fecha 07 de abril de 2008, PROVÍAS estableció que la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20⁴⁶ "ha sido entregada con el sustento debido y con los cálculos detallados que la justifican".
185. Por su parte, mediante Carta No. OXA 131-08⁴⁷ de fecha 11 de abril de 2008, el CONSORCIO reiteró su disconformidad con la Liquidación Final de Obra presentada por PROVÍAS y por lo expresado por la ENTIDAD mediante Carta No. 398-2008-MTC/20/5. Al respecto, el CONTRATISTA manifiesta que la Liquidación que ha sido presentada por la ENTIDAD no puede considerarse aprobada en la medida que no posee el debido sustento o motivación como corresponde a todo acto administrativo, de la siguiente manera:

Es claro que la Resolución alcanzada a nuestro Consorcio y los repetitivos informes anexos NO CONSTITUYEN LA LIQUIDACION, sino en el mejor de los casos son los documentos que la aprueban. Siendo esto así, no puede considerarse que la LIQUIDACION ha sido notificada al Contratista, sino simplemente se nos ha notificado la resolución que la aprueba. Volvemos a hacer hincapié en el hecho que -a fin que PROVIAS NACIONAL subsane su omisión- solicitamos de buena fe se nos remita los cálculos detallados de la Liquidación (no solo la Resolución aprobatoria), sin embargo la Entidad insistió en que la Liquidación había sido debidamente notificada.

186. En ese orden de ideas, a criterio del Tribunal, el CONSORCIO sostiene indirectamente la invalidez de la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20 que aprueba la Liquidación de obra referida, por ende la aprobación ficta de su propia Liquidación.

⁴⁴ Anexo 1-F de la Demanda.

⁴⁵ Anexo 1-G de la Demanda.

⁴⁶ Anexo 1-E de la Demanda.

⁴⁷ Anexo 1-H de la Demanda.

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

187. En efecto, el CONTRATISTA al remitirse al numeral 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁸, aprobado mediante Ley No. 27444 (en adelante LPAG), da a entender que la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20 no cuenta con la debida motivación y, por tanto, es inválido.
188. Al respecto, el Tribunal considera que la ausencia de los Anexos y el sustento de la Liquidación presentada por PROVÍAS no implica que la referida Liquidación se tenga por no presentada o la Resolución que la aprueba sea inválida. Por el contrario, aún con la ausencia de dichos documentos, lo que queda claro es que PROVÍAS no se encontraba de acuerdo con la liquidación del CONTRATISTA y por ello había elaborado otra distinta.
189. En efecto, el artículo 43° de la LCAE y el artículo 164° del Reglamento establecen que la liquidación presentada por la ENTIDAD debe ser *fundamentada*. En ese sentido, la Liquidación presenta por PROVÍAS se sustenta en los Informes preparados por la Unidad Gerencial de Asesoría Legal y la Unidad de Obras, en consonancia con la versión de Liquidación presentada por el SUPERVISOR, los cuales son accesibles al CONSORCIO de acuerdo a los procedimientos previstos en el Ordenamiento peruano.
190. El CONTRATISTA tenía la posibilidad de solicitar formalmente los Informes y documentos que sustentan la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20. PROVÍAS nunca negó el acceso al sustento de su Liquidación Final ni expresó la caducidad o prescripción de los derechos del CONSORCIO para acceder a los documentos que motivaron el cálculo expresado en el Resumen de la Liquidación Final presentada en la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20.
191. Es más, en el presente caso, PROVÍAS basó el sustento de la valorización de los “Costos Finales de la Obra” de su Liquidación en la propuesta remitida por la SUPERVISIÓN mediante Carta No. 005-2008/CSVPO de fecha 24 de marzo de 2008⁴⁹, la cual es de acceso público una vez que se cumplan las formalidades.

LIQUIDACIÓN DE OBRA PRESENTADA POR LA SUPERVISIÓN

⁴⁸ “4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico”.

⁴⁹ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 08 de fecha 06 de julio de 2010.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
 Francisco Barrón Velis
 Alejandro Falla Jara

CONCEPTO	COSTO FINAL DE OBRA	MONTOS CANCELADOS	SALDO POR PAGAR
	S/..	S/..	S/..
TOTAL (Sin I.G.V.)	94,148,404.79	92,544,402.76	1,604,002.03
10.00 I.G.V.	17,888,196.91	17,583,436.52	304,760.39
8.00 COSTO TOTAL DE OBRA INCLUIDO I.G.V.	112,036,601.70	110,127,839.28	1,908,762.42

LIQUIDACIÓN DE OBRA PRESENTADA POR PROVÍAS

CONCEPTO	COSTO FINAL DE OBRA	MONTOS CANCELADOS	SALDO POR PAGAR
	S/..	S/..	S/..
9.00 TOTAL (Sin I.G.V.)	94,148,404.79	92,621,927.50	1,526,477.29
10.00 I.G.V.	17,888,196.91	17,598,166.19	290,030.72
11.00 COSTO TOTAL DE OBRA INCLUIDO I.G.V.	112,036,601.70	110,220,093.69	1,816,508.01
12.00 RETENCIONES	-6,626,249.59	-6,626,249.59	0.00
12.01 - IGV - RETENCION	-6,613,179.59	-6,613,179.59	0.00
12.02 - COBRANZA COACTIVA	-13,070.00	-13,070.00	0.00
13.00 LIQUIDO A CANCELAR AL CONTRATISTA			1,816,508.01

192. En efecto, como se señala en los cuadros anteriores, tanto la SUPERVISIÓN como PROVÍAS coinciden en manifestar que el **costo total de obra incluido IGV** asciende a la suma de S/. 112'036,601.70. Con lo cual queda por sustentar los valores de las retenciones y de los montos efectivamente cancelados.
193. En el Informe de Liquidación presentado mediante Carta No. 005-2008/CSVPO de fecha 24 de marzo de 2008⁵⁰, la SUPERVISIÓN estableció su "NO CONFORMIDAD a la Liquidación de Obra practicada por el Contratista" puesto que (i) se "requiere procesar nuevamente el cálculo de la liquidación de obra de acuerdo a las normas vigentes" y (ii) el CONTRATISTA no habría cumplido con presentar la memoria descriptiva valorizada tal como lo establece el artículo 164º del REGLAMENTO, de la siguiente manera:

⁵⁰ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 08 de fecha 06 de julio de 2010.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

3.00 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

3.01 CONCLUSIONES.

- *De la documentación presentada por el Contratista tenemos:*
 - *No ha presentado la memoria descriptiva valorizada.*
 - *De acuerdo a los considerandos del ítem 2.00 DE LA LIQUIDACION DE OBRA, Se requiere procesar nuevamente el cálculo de la liquidación de obra de acuerdo a las normas vigente.*
 - *Los Deductivos de obra, por concepto a los Adelantos directos y Materiales que no corresponde, no son los reales, faltó recalcular dichos deductivos de acuerdo a sus precios unitarios ofertados.*
 - *Los pagos correspondientes por concepto a gastos generales por arbitraje en curso, corresponde a otras instancias, que una vez resueltas se incorporaran al costo total de la obra mediante adendas de liquidación.*

194. Cabe resaltar que el sustento y las diferencias que existen en las respectivas liquidaciones presentadas tanto por el CONSORCIO como por PROVÍAS manifiestan la existencia de discrepancias entre las partes, las cuales serán materia de pronunciamiento en el presente Laudo.

195. Ello en consonancia con el artículo 164 del REGLAMENTO que establece que toda “*discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida*”.

196. En efecto, tanto PROVÍAS como el CONSORCIO han manifestado su disconformidad con las versiones de la Liquidación Final de la Obra presentadas por sus contrapartes.

197. Por otro lado, el Tribunal considera que el solo hecho de que PROVÍAS no haya presentado las planillas de los metrados y los planos finales de la obra, entre otros, que sustentan su versión de la liquidación, no conlleva a la invalidez o nulidad de pleno derecho de la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20.

198. Si bien la motivación de todo acto administrativo es un elemento fundamental en la medida en que es un mecanismo de control de la discrecionalidad de la Administración y una garantía del derecho de defensa de los administrados, como indicamos anteriormente, lo cierto es que no todo vicio de motivación de un acto administrativo necesariamente conlleva a su invalidez o nulidad. Si bien la LPAG establece en sus

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

artículos 3 y 6⁵¹ que la motivación constituye un requisito de validez del acto administrativo, un vicio de motivación únicamente conllevará su nulidad en la medida que éste sea relevante.

199. Sobre el particular, el artículo 10 de la LPAG, al referirse a la nulidad de los actos administrativos, señala que el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez causan la nulidad de pleno derecho siempre que no se presente alguno de los supuestos de conservación del acto contenidos en el artículo 14:

“Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º F (...)"

200. El inciso 1 del artículo 14 de la LPAG establece que, cuando el vicio del acto administrativo se dé por incumplimiento de sus elementos de validez y no sea trascendente, prima la conservación del acto:

“Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la

⁵¹ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 3. Requisitos de validez de los actos administrativos.

“Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico (...)"

Artículo 6. Motivación del acto administrativo.

“6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.”

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora (...)"

201. Como puede apreciarse, el principio de conservación de los actos administrativos determina que los efectos de un vicio dependen de su gravedad y relevancia. Así, si el vicio no tiene una trascendencia determinante en la configuración del acto éste puede ser subsanado por la misma administración.
202. Al respecto, Dromi⁵² señala que: "*El defecto, vicio o irregularidad afecta al acto en la medida o magnitud del incumplimiento del requisito concretamente violado. La consecuencia que hay que asignar al acto viciado no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso tenga el vicio cometido*".
203. Así, la invalidez de un acto administrativo se produce si es que el vicio afecta gravemente los derechos e intereses de los administrados, situación que no sucede en el presente caso.
204. Finalmente cabe resaltar que la aplicación de la figura del Silencio Administrativo Positivo o la aprobación ficta del acto administrativo, tal como lo ha solicitado el CONSORCIO, se produce ante la **inacción** del Estado frente al Administrado; es decir ante la ausencia de pronunciamiento. No por un pronunciamiento "irregular" o defectuoso.
205. Así el artículo 188 de la LPAG señala:

"Artículo 188.- Efectos del silencio administrativo

188.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 3 de la Ley del Silencio Administrativo, Ley No. 29060 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad."

⁵² DROMI, José Roberto, Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 388.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

De otro lado, cabe destacar que tampoco ha sido acreditado que LA ENTIDAD hubiere negado el acceso a la documentación que sustenta la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20.

206. Por lo cual, a criterio de este Colegiado, queda claro que la Liquidación Final del CONTRATO presentada por el CONTRATISTA no quedó consentida, toda vez que primero PROVÍAS y luego el CONSORCIO manifestaron su disconformidad con las versiones de Liquidación de su contraparte dentro del plazo establecido.

C. Conclusión

207. En consecuencia, la respuesta al presente punto controvertido es que NO quedó consentida la Liquidación Final del Contrato presentada mediante la Carta No. 012-2008-R/PP-OXA, en la medida que PROVÍAS presentó su versión de la Liquidación Final teniendo en cuenta las observaciones planteadas por la SUPERVISIÓN a la Liquidación presentada por el CONSORCIO.

208. En tal sentido, por todo lo hasta aquí señalado, el Tribunal considera que la Cuestión Previa formulada por el CONSORCIO debe ser declarada INFUNDADA.

2. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma total de S/. 367,296.56 (Trescientos Sesenta y Siete Mil Doscientos Noventa y Seis y 56 Nuevos Soles) incluido IGV, y se ordene su pago, por concepto de montos correspondientes a metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo al Contrato Principal, pero que no han sido pagados por supuestas diferencias de cálculo con la Demandada, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

A.- Primer Extremo: *¿Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 276, 108.88 (Doscientos Setenta y Seis Mil Ciento Ocho y 88/100 Nuevos Soles)⁵³, incluido IGV y se*

⁵³ Monto correspondiente a la diferencia de trabajos supuestamente ejecutados y valorizados por el CONSORCIO y supuestamente no valorizados por PROVÍAS que, según la propia pretensión del CONTRATISTA, asciende a la suma de S/. 232.024.27 (Doscientos Treinta y Dos Mil Veinticuatro y 27/100 Nuevos Soles) más el IGV respectivo.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

ordene su pago, por concepto de metrados supuestamente ejecutados y no valorizados por PROVÍAS por supuestas diferencias de cálculo, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

B.- Segundo Extremo: *¿Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 91,187.677 (Noventa y Un Mil Ciento Ochenta y Siete y 677/100 Nuevos Soles)⁵⁴, incluido IGV y se ordene su pago, por concepto de montos pagados a cuenta del Contrato Principal valorizados por PROVÍAS y a decir del CONSORCIO supuestamente no pagados, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?*

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

Posición del CONSORCIO.-

209. En este extremo, el CONSORCIO señala que dado que PROVÍAS no les ha notificado su versión de la Liquidación Final no les es posible determinar con precisión en qué puntos estarían discordando. Sin embargo presumen que cualquier diferencia de montos a ser pagados se debería a supuestos errores de cálculos de PROVÍAS en relación a dos puntos.
210. En primer lugar, la primera diferencia estaría relacionada al monto total de las Valorizaciones del Contrato Principal. Así, en su Liquidación, PROVÍAS⁵⁵ señala como valorizaciones del Contrato Principal la suma de S/.64'542,564.25 (Sesenta y Cuatro Millones Quinientos Cuarenta y Dos Mil Quinientos Sesenta y Cuatro y 25/100 Nuevos Soles), que correspondería al monto de los trabajos realmente ejecutados, de la siguiente manera:

⁵⁴ Monto correspondiente a la supuesta diferencia de montos pagados a cuenta valorizados por PROVÍAS y que, a decir del CONSORCIO supuestamente no habrían sido pagados, que según la propia pretensión del CONTRATISTA, asciende al monto de 76,628.30 (Setenta y Seis Mil Seiscientos Veintiocho y 30/100 Nuevos Soles) más el IGV respectivo.

⁵⁵ Tomando como referencia la versión de la Liquidación Final presentada por PROVÍAS a través de la Resolución Directoral 1199-2008-MTC/20.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
 Francisco Barrón Velis
 Alejandro Falla Jara

CUADRO DE LIQUIDACIÓN DE OBRA

CONCEPTO	COSTO FINAL DE OBRA	MONTOS CANCELADOS	SALDO POR PAGAR
	S/. S/. S/.	S/. S/. S/.	S/.
1.00 ADELANTOS OTORGADOS	34,159,004.49	34,159,004.49	0.00
1.01 - Efectivo	14,800,989.11	14,800,989.11	0.00
1.02 - Materiales	19,358,015.38	19,358,015.38	0.00
2.00 AMORTIZACIÓN DE ADELANTOS	-34,159,004.49	-34,157,437.71	-1,566.78
2.01 - Efectivo	-14,800,989.11	-14,797,234.57	-3,754.54
2.02 - Materiales	-19,358,015.38	-19,360,203.14	2,187.76
3.00 VALORIZACIONES	83,746,166.20	82,510,241.44	1,235,924.76
3.01 - Valorizaciones del Contrato Principal	64,542,564.25	63,511,976.16	1,030,588.09
3.02 - Valorizaciones de los Adicionales de Obra	19,203,601.95	18,998,265.28	205,336.67

211. Sin embargo, el CONSORCIO señala que realmente ha ejecutado metrados por la suma de S/.64'774,588.52 (Sesenta y Cuatro Millones Setecientos Setenta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y Ocho y 52/100 Nuevos Soles). En ese sentido existiría una deuda pendiente de pago ascendente a S/.232,024.27 (más IGV).

212. En este extremo finalmente EL CONSORCIO señala que “*a efectos de establecer esta cantidad debe procederse a una suma de nuestras valorizaciones que obran en nuestra Liquidación Final*”. En todo caso, “*la Entidad deberá pronunciarse con precisión sobre esta suma al contestar su demanda, y de existir controversia en la misma, nos reservamos el derecho de ofrecer como medio probatorio la pericia correspondiente*”.

213. **La segunda diferencia estaría dada por los Montos pagados a cuenta del Contrato Principal.** El CONSORCIO señala que PROVÍAS ha indicado sin sustento alguno que les ha pagado por concepto por valorizaciones del Contrato Principal la suma de S/.63'511,976.16 (Sesenta y Tres Millones Quinientos Once Mil 976 y 16/100 Nuevos Soles) sin IGV. Ello se aprecia en la Liquidación aprobada por PROVÍAS de la siguiente manera:

3.00 VALORIZACIONES	83,746,166.20	82,510,241.44	1,235,924.76
3.01 - Valorizaciones del Contrato Principal	64,542,564.25	63,511,976.16	1,030,588.09
3.02 - Valorizaciones de los Adicionales de Obra	19,203,601.95	18,998,265.28	205,336.67

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

214. Sin embargo, el CONTRATISTA señala que en realidad PROVÍAS sólo les ha cancelado la suma de S/.63'435,347.86 (Sesenta y Tres Millones Cuatrocientos Treinta y Cinco Mil Trescientos Cuarenta y Siete y 86/100 Nuevos Soles) sin IGV, tal como se podría apreciar de las facturas que han adjuntado en su Liquidación Final.
215. En ese sentido, existiría un saldo pendiente de pago de S/.76,628.30 (Setenta y Seis Mil Seiscientos Veintiocho y 30/100 Nuevos Soles) sin IGV.
216. Finalmente señala que en todo caso le corresponde a PROVÍAS acreditar que efectivamente les ha pagado el monto que alega.

Posición de PROVÍAS.-

217. PROVÍAS sostiene que los metrados consignados en la Liquidación de obra, así como los cálculos correspondientes fueron efectuados por la Supervisión de Obra. En ese sentido los metrados consignados han sido calculados y compatibilizados con el Informe de la Supervisión y el estado económico y financiero de la Obra. A ello agrega que los metrados no considerados en las bases ni en el contrato de obra y que fueron realmente ejecutados ya habrían sido reconocidos a través de los Presupuestos Adicionales aprobados en su oportunidad.
218. Por ello concluye que el cálculo de metrados supuestamente ejecutados por el CONTRATISTA “no tiene mayor sustento”.
219. Finalmente PROVÍAS no se pronuncia en relación a la segunda parte de esta pretensión, referida a la supuesta diferencia de cálculos relacionada a los montos pagados a cuenta.

Resolución del Tribunal.-

220. En la medida que la Cuestión Previa planteada por el CONTRATISTA ha sido declarada INFUNDADA, el Tribunal se pronunciará respecto a la presente controversia, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

A.- Primer Extremo:

¿Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 276, 108.88 (Doscientos Setenta y Seis Mil Ciento Ocho y 88/100 Nuevos Soles)⁵⁶, incluido IGV y se ordene su pago, por

⁵⁶ Monto correspondiente a la diferencia de trabajos supuestamente ejecutados y valorizados por el CONSORCIO y supuestamente no valorizados por PROVÍAS que, según la propia

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

concepto de metrados supuestamente ejecutados y no valorizados por PROVÍAS por supuestas diferencias de cálculo, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?

A. Respecto a los medios probatorios que sustentan el primer extremo de la presente pretensión

221. Siendo que la controversia a resolver en este extremo es técnica, el Tribunal tendrá en cuenta, de modo particular, el valor probatorio y la pertinencia de los medios probatorios aportados por las partes. En esa línea, analizará el sustento del Informe Pericial y el Informe Complementario.
222. El Tribunal deja constancia que tan sólo el CONSORCIO ha cumplido con presentar el íntegro de los medios probatorios que son pertinentes e idóneos para probar su pretensión en este extremo. Por el contrario, PROVÍAS no ha cumplido con presentar todos los documentos solicitados por el Perito y el Tribunal.
223. En efecto, tanto en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial de fecha 29 de octubre de 2011 como a través de la carta de fecha 28 de diciembre de 2011, el Ing. Federico Zambrano afirmó que PROVÍAS no ha cumplido con remitir los planos post construcción (*as built*), el replanteo final y otros documentos que sustentan el cálculo de los metrados expresados en su Liquidación Final.
224. En la referida carta, el Perito señaló lo siguiente:

"Para realizar el análisis del informe pericial solicitado, se revisó toda la documentación entregada al perito, tanto lo alcanzado por el contratista como por la entidad; es así que, ante la falta de documentos se solicitó al Tribunal Arbitral se nos proporcionara los mismos."

El Contratista presentó su Liquidación con los correspondientes tomos de sustento de metrados, sin embargo, la Entidad presentó su Liquidación, elaborada por la Supervisión, y dentro de ésta, una relación de metrados, las cuales eran ilegibles, además de los sustentos de metrados respectivos, los cuales no fueron presentados y es luego de la entrega del Informe Pericial cuando sostienen

pretensión del CONTRATISTA asciende al monto de S/. 232.024.27 (Doscientos Treinta y Dos Mil Veinticuatro y 27/100 Nuevos Soles) más el IGV respectivo.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

que puede utilizarse los metrados y sustentos de las valorizaciones por cuanto la liquidación presentada es la suma de las valorizaciones tramitadas.

La liquidación de Contrato de Obra se elabora con el metrado post construcción, que es con el que se Recepiona la Obra, debiéndose considerar los metrados realmente ejecutados, para un Sistema de Contratación a Precios Unitarios, como es este caso. El Reglamento en su artículo 269°, establece que ésta debe ser “debidamente sustentada con la documentación y cálculo detallados,...”. Uno de los documentos a considerar es el Sustento de Metrados que proviene de los planos post construcción. Esto nos indica que los metrados considerados en la Liquidación no son necesariamente los tramitados en las valorizaciones por cuanto estos pueden tener omisiones o excesos que finalmente se dejen corregir en la Liquidación, de ahí proviene el concepto que “las valorizaciones son pagos a cuenta”.

La Entidad en la última Exposición del Informe Pericial, señaló que el Perito podía haber utilizado el sustento de metrados de las valorizaciones que presentó el Supervisor en la Liquidación de Obra, lo cual no es correcto, tal como se ha señalado en el párrafo anterior, sin embargo debemos precisar que LA ENTIDAD NO PRESENTO EL SUSTENTO DE METRADOS DE LAS VALORIZACIONES, lo cual puede verificarse en los archivos que obran en la Secretaría del tribunal Arbitral, entonces mal podía exigir algo que nunca facilitó, en el supuesto que pudiera utilizarse”.

225. Por ello, el Tribunal basará su decisión únicamente en los medios probatorios aportados por las partes y la convicción que estos le generen respecto al presente punto controvertido, puesto que son los medios probatorios los únicos que pueden generar certeza o no en las posiciones de ambas partes, de lo contrario la resolución el Tribunal se basaría en meras afirmaciones sin sustento, lo cual resulta abiertamente ilegal. Ello, conforme a lo señalado en el artículo 196 del Código Procesal Civil, de aplicación tan sólo referencial en materia arbitral, que señala lo siguiente:

“Art. 196. Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos”.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

226. En ese sentido, DEVIS ECHANDÍA señala lo siguiente:

"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º)por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo, y evitándole proferir un non liquet, esto es una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente le señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones"⁵⁷.

227. En ese sentido, al CONSORCIO le corresponde probar los conceptos de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS por diferencias de cálculo y a la ENTIDAD le corresponde probar que el cálculo de los metrados finales expresado en su Liquidación final es el correcto.

228. Cabe señalar que en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial de fecha 29 de octubre de 2011, PROVÍAS cuestionó la metodología utilizada por el Perito y afirmó que era posible obtener los metrados ejecutados únicamente recurriendo a las planillas de las Valorizaciones mensuales que obran en el sustento de la Liquidación Final presentada por la SUPERVISIÓN⁵⁸.

229. Por ello la ENTIDAD afirmó que el Perito no necesitaba de los planos as built ni el sustento de los metrados del replanteo de la obra, toda vez que las valorizaciones mensuales ya otorgan información suficiente para el cálculo de los metrados realmente ejecutados. En esa línea, a decir de PROVÍAS, el Perito no necesitaba de la información que no había sido presentada por dicha ENTIDAD.

230. Sobre el particular, tanto en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial de fecha 29 de octubre de 2011 como a través de la carta de fecha 28 de diciembre de 2011, el Perito reafirmó la pertinencia y corrección de

⁵⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría de la Prueba Judicial. Tomo I. 5^a edición. Editorial Temis. Bogotá. 2006. P. 404.

⁵⁸ Documentos presentados por PROVÍAS a través de su escrito de fecha 19 de octubre de 2011.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

la metodología usada (basada en los planos post construcción y no en las valorizaciones mensuales) para desarrollar el encargo. En efecto, en la referida carta, el Perito precisó lo siguiente:

"(...) es luego de la entrega del Informe Pericial cuando sostienen que puede utilizarse los metrados y los sustentos de las valorizaciones por cuanto la Liquidación presentada es la suma de las valorizaciones tramitadas.

La liquidación de Contrato de Obra se elabora con el metrado post construcción, que es con el que se Recepta la Obra, debiéndose considerar los metrados realmente ejecutados, para un Sistema de Contratación a Precios Unitarios, como es este caso. El Reglamento en su artículo 269°, establece que ésta debe ser 'debidamente sustentada con la documentación y cálculo detallados (...)".

231. En el Acta de la diligencia del 24 de octubre de 2011 se dejó establecido que PROVÍAS no entregó el "sustento de metrados de planillas de metrados ejecutados". En esa línea, se dejó constancia de la falta de entrega de planos as built u otro tipo de documentos referidos a los metrados finales.
232. Al respecto, el Tribunal considera que la metodología empleada por el Perito le genera convicción en la medida que permite garantizar el cálculo de todos los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, para efectos de la Liquidación Final. Tomar como referencia únicamente los metrados de las planillas de las Valorizaciones mensuales no garantiza la posibilidad de acceder al total de metrados realmente ejecutados en la obra.
233. Asimismo, más allá de la importancia de contar con dichos documentos, lo cierto es que PROVÍAS incumplió con un requerimiento – primero del Perito y luego del Tribunal- de presentar los documentos aludidos.
234. Finalmente cabe recordar que el Perito fue designado de mutuo acuerdo. En efecto, en la Audiencia Especial del 21 de junio del 2010 las partes, de común acuerdo, eligieron nombrar al ingeniero Federico Zambrano Olivera como Perito. Al hacerlo ambas partes reconocieron las calificaciones y experiencia del Perito para asumir el encargo.
235. Teniendo en cuenta ello, a continuación el Tribunal analizará si hay metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

B. ¿Existen metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS?

236. Para definir la existencia de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, el Tribunal analizará el contenido de la Pericia elaborada al respecto.

a. ¿A cuánto ascienden los metrados contractuales realmente ejecutados por el CONSORCIO?

237. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA y los metrados del Presupuesto Reformulado, el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el anexo 1.a.2 de su Informe Pericial: "Metrados Liquidación – Peritaje Contractual".

238. Cabe indicar que el Perito no ha tenido en cuenta los metrados de las planillas presentadas por la ENTIDAD puesto que no se cuenta con el sustento de los referidos metrados. Sin perjuicio de ello, las diferencias de los metrados de las planillas del CONTRATISTA y de la ENTIDAD son pocas.

239. Si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito, no ha cuestionado el cálculo como tal efectuado en el Informe Pericial.

b. ¿Dichos metrados contractuales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados contractuales ejecutados?

240. La ENTIDAD ha calculado los metrados respectivos de acuerdo a los criterios establecidos en la cláusula Octava del CONTRATO⁵⁹ y por el

⁵⁹ "OCTAVA: VALORIZACIONES Y METRADOS

8.1. (...)

Las cantidades de trabajo ejecutado serán determinadas conjuntamente por EL SUPERVISOR y EL CONTRATISTA y con esas cantidades, EL SUPERVISOR formulará la valorización correspondiente (...).

8.2. Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta, el concepto, trámite y pago de las Valorizaciones y metrados, así como de sus discrepancias se efectuará en concordancia con los Arts. 153° y 154° del Reglamento (...)".

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

artículo 153° del Reglamento⁶⁰; es decir, aplicando el Factor de Relación tratándose de un Contrato a precios unitarios.

241. Sin embargo, considerando los datos del Informe Pericial, los metrados contractuales ejecutados no fueron correctamente valorizados por PROVÍAS.
242. Por ello, el Tribunal considera que el recálculo de la Liquidación que corresponde reconocer asciende a la suma de S/. 77'046,146.66 incluido IGV. Para ello nos remitimos al Anexo 1.a.3. del Informe Pericial: "Recálculo Liquidación – Peritaje Contractual", que señala lo siguiente:

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados de Liquidación Peritaje – Contractual (Anexo 1.a.2). estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciona el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Contractual, obteniendo un monto final de S/. 77'046,146.66 Inc. IGV (Anexo 1.a.3).

243. El Tribunal considera, por tanto, que la valorización de los metrados contractuales ejecutados asciende a la suma de S/. 77'046,146.66 incluido IGV.

⁶⁰ "Artículo 153.- Valorizaciones y metrados.-

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases o en el contrato, por el inspector o supervisor y el contratista, en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios del Valor Referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad.

El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal. A este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales, es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases o el contrato establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente Artículo".

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

- c. Teniendo en cuenta las respuestas dadas a los literales "a" y "b" precedentes, ¿correspondería declarar que PROVIAS adeuda total o parcialmente al CONSORCIO la suma de S/. 276, 108.88 (Doscientos Setenta y Seis Mil Ciento Ocho y 88/100 Nuevos Soles), incluido IGV, por concepto de metrados contractuales ejecutados y no valorizados?
244. Teniendo en cuenta la diferencia entre el Recálculo de la Liquidación por los metrados ejecutados y el resumen de la liquidación de la Entidad, el monto que corresponde reconocer a favor del CONTRATISTA, en este extremo de su pretensión, asciende a la suma de S/. 240,495.20 (Doscientos Cuarenta Mil Cuatrocientos Noventa y Cinco y 20/100 Nuevos Soles), incluido IGV, conforme al cálculo siguiente:

- Recálculo liquidación peritaje contractual	S/. 77'046,146.66 C/IGV
- Resumen de liquidación de la Entidad	S/. 76'805,651.45 C/IGV
- Diferencia	<u>S/. 240,495.20 C/IGV.</u>

Por lo tanto, PROVIAS adeuda la suma de S/. 240,495.20 con IGV por concepto de metrados contractuales ejecutados y no valorizados.

C. IGV e intereses

245. El Impuesto General a las Ventas afecta los montos que PROVIAS debe pagar al CONSORCIO puesto que corresponden a un pago por una prestación realizada⁶¹.
246. Por ello considerando que el pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVIAS concedidos a favor del CONSORCIO forman

⁶¹ Una prestación es aquella actividad que despliega una parte contractual en ejecución de un contrato y que (en los casos de contratos con prestaciones recíprocas, como es del presente arbitraje) tiene como objetivo o expectativa una correspondiente contraprestación de la otra parte contractual. Así pues, visto desde la perspectiva de quien asume la prestación, se trata de una actividad propia en beneficio de un tercero. A diferencia de ello, una indemnización es la asignación patrimonial (determinada por un juez o prevista en una cláusula penal) y esencialmente dineraria a favor de una persona (parte contractual), a fin de compensar la disminución de su patrimonio con el objetivo de restablecer el equilibrio material en que se encontraba antes de sufrir el hecho del que derivó dicho perjuicio, así como para disuadir futuros o potenciales eventos dañosos que puedan derivar del mismo agente o de terceros.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

parte de la contraprestación, corresponde ordenar a PROVIAS que pague el IGV solicitado por el CONTRATISTA en este extremo.

247. En relación a si corresponde o no el pago de los intereses, se debe tener en cuenta que el reconocimiento del pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVIAS corresponde a intereses moratorios, mas no compensatorios; de tal forma que, en el presente caso, nos encontramos ante una obligación cuyo monto ha requerido ser determinado por el Tribunal.
248. Para ello debemos remitirnos al artículo 1324 del Código Civil que dispone que las obligaciones dinerarias devengarán intereses desde la fecha de constitución en mora del deudor⁶². Así, resultará procedente el pago de intereses, debiendo aplicarse para estos efectos la tasa de interés legal nominal, sobre la base de lo dispuesto en el referido artículo 1324.
249. Una vez determinada la procedencia del pago de intereses y establecida la tasa legal aplicable, corresponde determinar desde qué fecha se devengan los intereses solicitados.
250. El artículo 1324 del Código Civil dispone que las obligaciones dinerarias devengarán intereses desde la fecha de constitución en mora del deudor.
251. Según lo dispuesto por el artículo 1333 del Código Civil, incurre en mora el obligado desde el momento que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación⁶³. El artículo 1334 precisa que, cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado por el juez se incurre en mora desde la fecha de citación de la demanda⁶⁴.
252. Toda vez que el pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVIAS constituye una obligación de dar una suma de dinero cuyo monto ha requerido ser determinada por el Tribunal, ésta devengará el interés legal desde la citación con la demanda.

⁶² "Artículo 1324.-"Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento".

⁶³ "Artículo 1333.- "Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación (...)".

⁶⁴ "Artículo 1334.- "En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985".

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

253. De acuerdo a ello, debemos tener presente que en este caso los escritos de demanda y ampliación de la demanda de fechas 06 de mayo y 21 de mayo de 2008 respectivamente fueron notificadas a PROVÍAS mediante Oficio No. 4202-2008-CONSCODE-OCA de fecha 04 de septiembre de 2008.
254. En tal sentido, este Tribunal considera que la fecha a partir de la cual se deben contar los intereses en cuestión es desde la fecha de notificación de la demanda y ampliación de la demanda. En el presente caso, desde el 04 de septiembre de 2008.
255. La tasa aplicable para la determinación del monto a pagar por intereses será aquella fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, para el periodo en cuestión.

D. Conclusión

256. Teniendo en cuenta lo señalado se declara FUNDADO EN PARTE el Primer Extremo de la Primera Pretensión planteada por el CONSORCIO y SE ORDENA a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/.240,495.20, incluido IGV, más los intereses legales, devengados a partir de 04 de septiembre de 2008.

B.- Segundo Extremo: ¿Corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 91,187.677 (Noventa y Un Mil Ciento Ochenta y Siete y 677/100 Nuevos Soles)⁶⁵, incluido IGV y se ordene su pago, por concepto de montos pagados a cuenta del Contrato Principal valorizados por PROVÍAS y a decir del CONSORCIO supuestamente no pagados, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago?



A. Respecto a los medios probatorios que sustentan el segundo extremo de la presente pretensión

⁶⁵ Monto correspondiente a la supuesta diferencia de montos pagados a cuenta valorizados por PROVÍAS y que, a decir del CONSORCIO supuestamente no habrían sido pagados, que según la propia pretensión del CONTRATISTA asciende al monto de 76,628.30 (Setenta y Seis Mil Seiscientos Veintiocho y 30/100 Nuevos Soles) más el IGV respectivo.



Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

257. La controversia a resolver en este extremo consiste en determinar si PROVÍAS ha pagado o no una serie de montos valorizados a cuenta del Contrato.
258. Como se indicó anteriormente, la posición del CONSORCIO es que PROVÍAS señala en su Liquidación Final que ha pagado por concepto de valorizaciones del Contrato Principal la suma de S/.63'511,976.16 sin IGV. Sin embargo, la ENTIDAD sólo les habría cancelado la suma de S/.63'435,347.86 sin IGV. En ese sentido, existiría un saldo pendiente de pago de S/.76,628.30 sin IGV.
259. Por su parte, PROVÍAS no se pronuncia en relación a si ha cumplido o no con efectuar el pago del monto que demanda el CONSORCIO.
260. El Tribunal deja constancia que tan sólo el CONSORCIO ha cumplido con presentar el íntegro de los medios probatorios que son pertinentes e idóneos para probar su pretensión en este extremo. Por el contrario, PROVÍAS no ha cumplido con presentar el total de los comprobantes de pago que sustentarían su posición.
261. Por ello, en su Informe Pericial, el Perito tan sólo tuvo en cuenta las copias de las facturas presentadas por el CONSORCIO, de la siguiente manera:

H

"De los comprobantes de pago alcanzados por el Contratista, concordantes con las facturas emitidas, se obtiene el Cuadro de Pagos efectuados (Anexo 1.b.1), en el cual, podemos observar los montos valorizados pagados a cuenta, cuyo monto asciende a la suma de S/. 63'435,347.86 sin IGV, acumulado a la Valorización No. 25".

262. En este extremo, tal como se mencionó en el extremo anterior, el Tribunal también basará su decisión únicamente en los medios probatorios aportados por las partes y la convicción que éstos le generen.
263. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1229 del Código Civil respecto a la acreditación del pago, que señala lo siguiente:

L

"La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado".

264. Al respecto, BELTRÁN afirma lo siguiente:

R

"Si el sujeto deudor o un tercero afirman haber pagado la deuda objeto de la obligación, deberán presentar los medios

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

probatorios correspondientes que acrediten la ocurrencia de dicha situación material. De no efectuarse tal demostración, el magistrado que conoce el proceso judicial por incumplimiento de obligación o por ejecución de obligación de dar o hacer, tendrá que concluir que no se realizó el ejercicio de la prestación con las correspondientes consecuencias que conlleva ello para las partes involucradas en el proceso”⁶⁶.

265. Por lo cual, al CONSORCIO le correspondía probar la existencia de montos valorizados a cuenta del Contrato Principal y no pagados por PROVÍAS y a PROVÍAS le correspondía probar todos los pagos supuestamente efectuados al CONSORCIO.
266. En ese sentido, el Tribunal tendrá en cuenta únicamente los medios probatorios aportados por el CONTRATISTA respecto al presente extremo, en la medida que PROVÍAS no ha cumplido con presentar los medios probatorios necesarios para acreditar sus argumentos.
267. A continuación corresponde determinar si hay montos valorizados a cuenta del Contrato Principal y no pagados por la ENTIDAD.

B. ¿Hay montos valorizados y no pagados por PROVÍAS?

268. Para definir si hay montos valorizados a cuenta del Contrato Principal y no pagados por la ENTIDAD, el Tribunal analizará el contenido de la Pericia elaborada al respecto.
 - a. ¿A cuánto ascienden los montos realmente pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de metrados contractuales valorizados?
269. Si bien la liquidación elaborada por la ENTIDAD establece que se ha efectuado el pago de un monto ascendente a S/. 63'511,976.16 sin IGV, teniendo en cuenta los comprobantes de pago presentados por el CONSORCIO así como las conclusiones de la Pericia en este extremo, los montos pagados a cuenta del CONTRATISTA y contabilizados hasta la Valorización No. 25 ascienden únicamente a la suma de S/. 63'435,347.86.
270. En ese sentido, el Tribunal considera que en efecto el monto realmente pagado por PROVÍAS al CONSORCIO asciende a la suma de S/. 63'435,347.86 sin IGV.

⁶⁶ BELTRÁN, Jorge. Prueba del pago. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica. 2003. P. 466.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

- b. Teniendo en cuenta la respuesta a la pregunta "a" precedente, ¿correspondería declarar que PROVÍAS adeuda total o parcialmente al CONSORCIO la suma de S/. 91,187.677 (Noventa y Un Mil Ciento Ochenta y Siete y 677/100 Nuevos Soles), incluido IGV por concepto de montos valorizados en relación a los metrados contractuales ejecutados, pero aún no pagados por PROVÍAS?
271. El Perito ha establecido que la diferencia entre las sumas cuyo pago aparece reconocida por la ENTIDAD en su Liquidación Final⁶⁷, y el monto efectivamente pagado al CONTRATISTA y que ha sido debidamente sustentado, asciende a la suma de S/. 91, 187.677, incluido IGV, de la siguiente manera:

La suma de S/. 91,187.677 con IGV (S/. 76,628.30 sin IGV), proviene de la diferencia de los montos pagados señalados en ambas liquidaciones, es decir, el monto pagado según la liquidación del contratista que asciende a la suma de S/. 63'435,347.88 sin IGV, menos el monto pagado según la liquidación de la Entidad que asciende a la suma de S/. 63'511,976.16 sin IGV.

El monto pagado, señalado por el Contratista en su liquidación, está sustentado con las respectivas facturas y comprobantes de pagos de las valorizaciones contractuales, sin embargo, el sustento del monto pagado señalado por la Entidad en su liquidación está incompleto.

En conclusión, la diferencia entre el monto pagado señalado en ambas liquidaciones asciende a la suma de S/. 91,187.677 con IGV, que sería el monto adeudado por la Entidad al Contratista.

272. Teniendo en cuenta ello, así como los medios probatorios que obran en el expediente, el Tribunal coincide con lo señalado por el Perito y considera que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma de S/. 91,187.677 (Noventa y Un Mil Ciento Ochenta y Siete y 677/100 Nuevos Soles), incluido IGV, por concepto de montos valorizados en relación a los metrados contractuales ejecutados, pero aún no pagados por PROVÍAS.

⁶⁷ Documento presentado a través del escrito de fecha 23 de octubre de 2011 por parte de la ENTIDAD.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

C. IGV e intereses

273. Respecto al pago del IGV, este Tribunal considera que los montos que PROVÍAS debe retribuir al CONSORCIO corresponden al pago de las prestaciones ejecutadas por ésta última y no canceladas por la ENTIDAD.
274. Por ello considerando que estos pagos que PROVÍAS tiene que realizar a favor del CONSORCIO forman parte de la contraprestación, si corresponde ordenar el pago del IGV.
275. En relación a si corresponde o no el pago de los intereses, se debe tener en cuenta que al igual que en el extremo anterior, el reconocimiento del pago de montos valorizados y no pagados por PROVÍAS corresponden a intereses moratorios, mas no compensatorios; de tal forma que, en el presente caso, nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere ser determinado.
276. Para ello el Tribunal se remite al análisis legal de intereses realizado en el extremo anterior, en el que concluyó que los intereses en este caso se rigen por los artículos 1324, 1333 y 1334 del Código Civil.
277. En esa medida únicamente es necesario recordar que las obligaciones dinerarias devengarán intereses desde la fecha de constitución en mora del deudor, debiendo aplicarse la tasa de interés legal nominal y además que tratándose en este caso de una obligación de dar suma de dinero que ha requerido ser determinada por este Tribunal, los intereses se aplican desde la fecha de constitución de la Demanda del CONSORCIO.
278. En ese sentido, siendo que en este caso, como ya dijimos anteriormente, los escritos de demanda y ampliación de la demanda fueron notificadas a PROVÍAS mediante Oficio No. 4202-2008-CONSUCODE-OCA de fecha 04 de septiembre de 2008, es desde dicha fecha que corresponde conceder los intereses solicitados, aplicando la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, para el periodo en cuestión.

D. Conclusión

279. Teniendo en cuenta lo señalado se declara FUNDADO el Segundo Extremo de la Primera Pretensión planteada por el CONSORCIO y SE ORDENA a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/.91,187.68 (Noventa y Un mil Ciento Ochenta y Siete y 68/100 Nuevos Soles), incluido IGV, más los intereses legales devengados a partir del 04 de septiembre de 2008.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

280. Siendo así, el Tribunal declara FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO y SE ORDENA a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma total de S/. 331, 682.88 (Trescientos Treinta y Un Mil Seiscientos Ochenta y Dos y 88/100 Nuevos Soles), suma en la que ya se encuentra incluido el IGV, más los intereses legales devengados a partir de 04 de septiembre de 2008.

3. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde declarar que PROVÍAS adeuda al CONSORCIO la suma total de S/. 428,491.51 (Cuatrocientos Veintiocho Mil Cuatrocientos Noventa y Uno y 51/100 Nuevos Soles), incluido IGV, y se ordene su pago, por concepto de montos correspondientes a supuestos metrados realmente ejecutados y valorizados con cargo a los Presupuestos Adicionales No. 1,3, 4, 5 y 6, pero que no han sido pagados por aparentes diferencias de cálculo con PROVÍAS, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

Posición del CONSORCIO.-

281. En el mismo sentido que el Primer Extremo de la Primera Pretensión Principal, en este caso, el CONSORCIO señala que dado que PROVÍAS no les ha notificado su versión de la Liquidación no les es posible determinar con precisión en qué puntos estarían discordando, presumiendo que cualquier diferencia de montos a ser pagados “se debe a errores de cálculo por parte de la Demandada o a que ésta ha omitido incluir alguna valorización en su cálculo final”.
282. Para ello, el CONSORCIO presenta un cuadro que reflejaría: (i) los montos por metrados adicionales aprobados en los Presupuestos Adicionales No. 1, 3, 4, 5 y 6; (ii) los montos por metrados realmente ejecutados en relación a dichos Presupuestos Adicionales; (iii) Los montos que habrían sido pagados a cuenta en relación a dichos Presupuestos Adicionales; y (iv) los montos que se encontrarían pendientes de pago por parte de PROVÍAS. Es precisamente la suma de todos los montos indicados como parte del numeral (iv) el monto que ahora demanda.
283. En efecto, en dicho cuadro el CONSORCIO indica lo siguiente:

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
 Francisco Barrón Velis
 Alejandro Falla Jara

	Aprobado por la Entidad Resolución	Realmente ejecutado por Contratista.	Monto		Saldo por Cobrar Liquidación (en Soles)
			Pagado a cuenta Por la Demandada	Realmente ejecutado por Contratista.	
			Resolución	Realmente ejecutado por Contratista.	
Adicional de Obra Nº 01 "Mayores Metrados en Explanaciones"		1,989,436.33	1,989,436.33	1,827,623.95	161,812.38
Adicional de Obra Nº 03 "Acceso a Cantera Pucuy y Transp. de Mat. Granulares"		1,032,523.43	1,032,523.40	989,350.08	43,173.32
Adicional de Obra Nº 04 "Mejoramiento de Subrasante, Subdrenaje y Muros"	5,454,602.71	5,447,031.05	5,342,254.05		104,777.00
Adicional de Obra Nº 05 "Mayores Metrados Mov. de Tierras, Pavimentos y Obras de Arte"	3,575,194.07	3,551,919.79	3,533,333.92		18,585.87
Adicional de Obra Nº 06 "Mayores Metrados Mov. de Tierras para Explanaciones, y Obras de Arte : muros, defensas ribereñas y gaviones"	1,376,486.98	1,359,272.65	1,327,544.32		31,728.33
				TOTAL: S/. 360,076.90	
				IGV: S/. 68,414.61	
				TOTAL CON IGV: <u>S/. 428,491.51</u>	

11

284. En ese sentido, el CONSORCIO solicita al Tribunal que efectúe o disponga la realización de los cálculos correctos a fin de establecer el saldo a su favor. A su decir, para ello se deberán considerar los metrados realmente ejecutados así como las valorizaciones generadas con cargo a cada uno de los Presupuestos Adicionales en cuestión y las facturas correspondientes a los pagos efectuados con cargo a cada uno de dichos Presupuestos Adicionales.
285. Para ello señala que dichas facturas deben considerarse como medios probatorios ofrecidos en su Demanda y si PROVÍAS alegase haber realizado un pago mayor, deberá demostrarlo con los comprobantes de pago correspondientes (facturas).

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

286. Finalmente, en caso de existir discordancia con PROVÍAS en relación a estos montos, el CONSORCIO se reserva el derecho a solicitar la actuación de una pericia técnico contable para dilucidar los montos correctos.

Posición de PROVÍAS.-

287. PROVÍAS sostiene que los metrados consignados en la Liquidación de obra, así como los cálculos correspondientes fueron efectuados por la Supervisión de Obra, motivo por el cual su cálculo sería el correcto.
288. PROVÍAS no se pronuncia en relación a los supuestos saldos pendientes de pago en relación a los Presupuestos Adicionales en cuestión.

Resolución del Tribunal.-

289. En la medida que la Cuestión Previa planteada por el CONTRATISTA ha sido declarada INFUNDADA, el Tribunal se pronunciará respecto a la presente controversia.

A. Respecto a los medios probatorios que sustentan la presente pretensión

290. La presente pretensión se refiere a la existencia o no de supuestos metrados ejecutados y valorizados con cargo a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6, pero que no habrían sido pagados debido a un error en el cálculo de los mismos por parte de PROVÍAS en la versión de su Liquidación Final de la obra.
291. Siendo que la controversia a resolver en este extremo es técnica, el Tribunal tendrá en cuenta, de modo particular, el valor probatorio y la pertinencia de las pruebas aportadas por las partes. En esa línea, analizará el sustento del Informe Pericial y el Informe Complementario.
292. El Tribunal deja constancia que tan sólo el CONSORCIO ha cumplido con presentar el íntegro de los medios probatorios que son pertinentes e idóneos para probar su pretensión. Por el contrario, PROVÍAS no ha cumplido con presentar todos los documentos solicitados por el Perito y el Tribunal.
293. En efecto, tanto en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial de fecha 29 de octubre de 2011 como a través de la carta de fecha 28 de

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

diciembre de 2011, el Ing. Federico Zambrano afirmó que PROVÍAS no ha cumplido con remitir los planos post construcción (*as built*), el replanteo final y otros documentos que sustentan el cálculo de los metrados expresados en su Liquidación Final correspondientes en este caso a los mencionados Presupuestos Adicionales.

294. En la referida carta, el Perito señaló lo siguiente:

"La diferencia de metrados entre la Entidad y el Contratista se genera porque éste último considera metrados de cierre que se encuentra acumulado e la justificación de metrados total, en tanto la Entidad no considera, además, como ya se ha mencionado, no adjunta la justificación de metrados. Esto sucede también en los Presupuestos Adicionales Nos. 01, 04, 05 y 06".

295. Tan es así que incluso el Perito señala, en la carta en mención, que en "el presupuesto adicional No. 06, se observa que en la partida 02.01.02, la Entidad considera un metrado mayor al considerado por el contratista, sin embargo, al no tener sustento del metrado no se ha tomado en cuenta, se ha considerado el menor metrado sustentado por el Contratista".

296. Por ello, el Tribunal se remite al análisis legal realizado en el Primer Extremo de la Primera Pretensión Principal y concluye que basará su decisión únicamente en los medios probatorios aportados por las partes y la convicción que estos le genere respecto al presente punto controvertido. Ello puesto que es carga de cada una de las partes acreditar todos los argumentos que sostienen su posición presentando todos los medios probatorios pertinentes para ello.

297. En ese sentido, al CONSORCIO le correspondía probar los conceptos de los metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS por diferencias de cálculo, respecto a los Presupuestos Adicionales Nos. 01, 03, 04, 05 y 06, y a la ENTIDAD le correspondía probar que el cálculo de los metrados finales expresado en su Liquidación Final es el correcto.



298. Ante el cuestionamiento de la ENTIDAD respecto a la metodología empleada en la Pericia, tanto en la Audiencia de Sustentación del Informe Pericial de fecha 29 de octubre de 2011 como a través de la carta de fecha 28 de diciembre de 2011, el Perito se reafirmó en la pertinencia y corrección de la metodología utilizada para efectuar el encargo.



299. En efecto, en la referida carta, el Perito precisó lo siguiente:



Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

"El metrado de cierre se obtiene descontando al metrado realmente ejecutado, obteniendo del replanteo final de la obra, el metrado acumulado valorizado, teniendo en cuenta como máximo el metrado contratado. Es usual que en las obras se practique una última valorización con el denominado metrado de cierre o en su defecto se considere este cierre en la Liquidación de Contrato como ha sucedido en este caso.

La valorización de los metrados resulta del producto de los metrados ejecutados debidamente sustentados por el precio unitario contratado; en este sentido, si el metrado ejecutado sustentado es el mismo que el que indica en el presupuesto (proyectado) entonces vamos a tener el mismo resultado valorizado. Era de responsabilidad de la Entidad sustentar lo que manifiesta "los metrados proyectados no son nunca iguales", el Perito no puede asumir la información que no tiene".

300. Al respecto, como se mencionado previamente, el Tribunal no ha quedado persuadido por los argumentos de la ENTIDAD respecto de la falta de idoneidad de la metodología empleada por el Perito. Por el contrario, luego de escuchar a las partes considera que la metodología empleada por el Perito permite garantizar el cálculo de todos los metrados realmente ejecutados, en tanto que utiliza la información que refleja mejor la situación al final de la obra.
301. El Tribunal ha tomado en cuenta además que el Perito fue designado por ambas partes, lo que implica el reconocimiento hecho por las mismas a la experiencia y capacidad de éste para el desarrollo del encargo.
302. Teniendo en cuenta ello, a continuación el Tribunal analizará si hay metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS respecto a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6.

B. ¿Hay metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, con cargo a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6?

303. Para definir la existencia de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, el Tribunal analizará el contenido de la Pericia elaborada al respecto.

En relación al Presupuesto Adicional No. 1.-

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, con cargo al Presupuesto Adicional No. 1?
304. Para determinar los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 01 se debe considerar los metrados del presupuesto adicional aprobado y los metrados provenientes del replanteo final de obra correspondientes a dicho adicional.
305. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA, los cuales se entienden como los realmente ejecutados, y los metrados del Resumen Total de metrados del Replanteo de Obra (Anexo 05 de la Pericia), el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el Anexo 2.1.1. del Informe Pericial: "Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 01".
306. Cabe señalar que el Perito encontró una incompatibilidad en la comparación entre las plantillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 01 del CONSORCIO y el de la ENTIDAD.
307. Por ello, el Perito se sustentó en la información contenida en la planilla de metrados presentada por el CONSORCIO y optó por considerar los metrados sustentados por éste en aquellas partidas no concordantes; en cambio, en los casos en que los metrados eran compatibles mantuvo el mismo cálculo. El Tribunal encuentra que la metodología empleada en el Dictamen Pericial es adecuada.
308. Al respecto, si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito – cuestionamiento que no ha generado convicción en el Tribunal – no ha señalado que exista error en el cálculo efectuado por el Perito.
- b. ¿Dichos metrados adicionales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados?
309. Los resúmenes de las valorizaciones contractuales señalados por PROVIAS en su Liquidación han sido elaborados dentro del marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo al artículo 45 del Reglamento, la liquidación final de la obra debe elaborarse teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, los precios unitarios ofertados, los Gastos Generales y la Utilidad ofertados.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

310. El Tribunal considera que la metodología y el cálculo efectuado por el Perito para obtener los metrados ejecutados como Presupuesto Adicional No. 01 son correctos:

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 01 (**Anexo 2.1.1**), estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciono el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 01, obteniendo un monto final de S/. 2'367,429.23 Inc. IGV (**Anexo 2.1.2**).

311. En esa línea, habiendo multiplicado los metrados realmente ejecutados como Presupuesto Adicional No. 01 con los precios unitarios ofertados se obtiene que el valor total de dichos metrados asciende a la suma de S/. 2'367,429.23, incluido IGV. Tal como se señala en el Anexo 2.1.2. del Informe Pericial antes citado.

- c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVIAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?

312. De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la Liquidación presentada por el CONSORCIO, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 01 asciende a la suma de S/. 1'827,623.95 sin IGV; es decir, S/. 2'174,872.50 incluido IGV.

- d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes" ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVIAS al CONSORCIO, en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 1?

313. La diferencia que se encuentra pendiente de pago respecto al Presupuesto Adicional No. 1 asciende a la suma de S/. 192,556.73 incluido IGV.

314. Este monto ha sido obtenido de la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el CONSORCIO y el monto pagado por PROVIAS.

Metrado realmente ejecutado por el CONSORCIO S/. 2'367,429.23 incluido IGV

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Monto pagado a cuenta	S/. 2'174,872.50 incluido IGV
Diferencia pendiente de pago	S/. 192,556.73 incluido IGV

En relación al Presupuesto Adicional No. 3.-

- a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, con cargo al Presupuesto Adicional No. 3?
315. Para determinar los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 03 se debe considerar los metrados del presupuesto adicional aprobado y los metrados provenientes del replanteo final de la obra correspondiente a dicho adicional, con su respectivo sustento.
316. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA, los cuales se entienden como los realmente ejecutados, y los metrados del Resumen Total de metrados del Replanteo de Obra (Anexo 05 de la Pericia), el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el Anexo 2.3.1. del Informe Pericial: "Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 03".
317. Cabe señalar que el Perito encontró una incompatibilidad en la comparación entre las plantillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 03 del CONSORCIO y la de la ENTIDAD.
318. Por ello, el Perito se sustentó en la información contenida en la planilla de metrados presentada por el CONSORCIO y optó por considerar los metrados sustentados por éste en aquellas partidas no concordantes; en cambio, en los casos en que los metrados eran compatibles mantuvo el mismo cálculo.
319. El Tribunal, también en este caso, encuentra que la metodología empleada en el Dictamen Pericial es adecuada.
320. Al respecto, si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito – cuestionamiento que no ha generado convicción en el Tribunal – no ha señalado que exista error en el cálculo efectuado por el Perito.
- b. ¿Dichos metrados adicionales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados?

321. Los resúmenes de las valorizaciones contractuales señalados por PROVIAS en su Liquidación han sido elaborados dentro del marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo al artículo 45 del Reglamento, la liquidación final de la obra debe elaborarse teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, los precios unitarios ofertados, los Gastos Generales y la Utilidad ofertados.
322. El Tribunal considera que la metodología y el cálculo efectuado por el Perito para obtener los metrados ejecutados como Presupuesto Adicional No. 03 son correctos:

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 03 (Anexo 2.3.1), estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciona el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 03, obteniendo un monto final de S/. 1'227,833.34 Inc. IGV (Anexo 2.3.2).

323. En esa línea, habiendo multiplicado los metrados realmente ejecutados como Presupuesto Adicional No. 03 con los precios unitarios ofertados se obtiene que el valor total de dichos metrados asciende a la suma de S/. 1'227,833.34, incluido IGV. Tal como se señala en el Anexo 2.3.2. del Informe Pericial.

- c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?
324. De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la Liquidación presentados por el CONSORCIO, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 03 asciende a la suma de S/. 989,350.08 sin IGV, es decir, S/ 1'177, 326.60 incluido IGV.
- d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

de pago por PROVIAS al CONSORCIO, en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 03?

325. La diferencia que se encuentra pendiente de pago respecto al Presupuesto Adicional No. 3 asciende a la suma de S/. 50,506.74 incluido IGV.
326. La cifra fue obtenida de la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el CONSORCIO y el monto pagado por PROVIAS, de acuerdo al siguiente detalle:

Metrado realmente ejecutado por el CONSORCIO	S/. 1'227,833.34 incluido IGV
Monto pagado a cuenta	S/. 1'177,326.60 incluido IGV
Diferencia pendiente de pago	S/. 50,506.74 incluido IGV

En relación al Presupuesto Adicional No. 4.-

- a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, con cargo al Presupuesto Adicional No. 4?
327. Para determinar los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 04 se debe considerar los metrados del presupuesto adicional aprobado y los metrados provenientes del replanteo final de la obra correspondiente a dicho adicional, con su respectivo sustento.
328. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA, los cuales se entienden como los realmente ejecutados, y los metrados del Resumen Total de metrados del Replanteo de Obra (Anexo 05 de la Pericia), el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el Anexo 2.4.1. del Informe Pericial: "Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 04".
329. Cabe señalar que el Perito encontró una incompatibilidad en la comparación entre las plantillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 04 del CONSORCIO y la de la ENTIDAD.
330. Por ello, el Perito se sustentó en la información contenida en la planilla de metrados presentada por el CONSORCIO y optó por considerar los metrados sustentados por éste en aquellas partidas no concordantes; en cambio, en los casos en que los metrados eran compatibles mantuvo el mismo cálculo.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

331. El Tribunal, también en este caso, encuentra que la metodología empleada en el Dictamen Pericial es adecuada.

332. Al respecto, cabe reiterar que si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito – cuestionamiento que no ha generado convicción en el Tribunal – no ha señalado que exista error en el cálculo efectuado por el Perito.

- b. ¿Dichos metrados adicionales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados?

333. Los resúmenes de las valorizaciones contractuales señalados por PROVIAS en su Liquidación han sido elaborados dentro del marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo al artículo 45 del Reglamento, la liquidación final de la obra debe elaborarse teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, los precios unitarios ofertados, los Gastos Generales y la Utilidad ofertados.

334. El Tribunal considera que la metodología y el cálculo efectuado por el Perito para obtener los metrados ejecutados como Presupuesto Adicional No. 04 son correctos:

ff

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 04 (Anexo 2.4.1), estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciona el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recalcado Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 04, obteniendo un monto final de S/. 6'481,934.31 Inc. IGV (Anexo 2.4.2).

335. En esa línea, habiendo multiplicado los metrados realmente ejecutados como Presupuesto Adicional No. 04 con los precios unitarios ofertados se obtiene que el valor total de dichos metrados asciende a la suma de S/. 6'481,934.31, incluido IGV. Tal como se señala en el Anexo 2.4.2. del Informe Pericial.

R

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

- c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?
336. De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la Liquidación presentada por el CONSORCIO, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 04 asciende a la suma de S/. 5'342,254.05 sin IGV, es decir S/. 6'357,282.32 incluido IGV.
- d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes" ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVÍAS al CONSORCIO, en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 4?
337. El monto que se encuentra pendiente de pago respecto al Presupuesto Adicional No. 4 asciende a la suma de S/. 124,651.99 incluido IGV.
338. La cifra fue obtenida de la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el Contratista y el monto pagado por la Entidad es el siguiente:

Metrado realmente ejecutado por el CONSORCIO	S/. 6'481,934.31 con IGV
Monto pagado a cuenta	S/. 6'357,282.32 con IGV
Diferencia pendiente de pago	S/. 124,651.99 con IGV

En relación al Presupuesto Adicional No. 5.-

- a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, con cargo al Presupuesto Adicional No. 5?
339. Para determinar los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 05 se debe considerar los metrados del presupuesto adicional aprobado y los metrados provenientes del replanteo final de la obra correspondiente a dicho adicional, con su respectivo sustento.
340. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA, los cuales se entienden como los realmente ejecutados, y los metrados del Resumen Total de metrados del Replanteo de Obra (Anexo 05 de la Pericia), el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el Anexo 2.5.1. del Informe Pericial:

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

"Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 05".

341. Cabe señalar que el Perito encontró una incompatibilidad en la comparación entre las plantillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 05 del CONSORCIO y la de la ENTIDAD.
342. Por ello, el Perito se sustentó en la información contenida en la planilla de metrados presentada por el CONSORCIO y optó por considerar los metrados sustentados por éste en aquellas partidas no concordantes; en cambio, en los casos en que los metrados eran compatibles mantuvo el mismo cálculo.
343. El Tribunal, también en este caso, encuentra que la metodología empleada en el Dictamen Pericial es adecuada.
344. Al respecto, nuevamente, si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito – cuestionamiento que no ha generado convicción en el Tribunal – no ha señalado que exista error en el cálculo efectuado por el Perito.
- b. ¿Dichos metrados adicionales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados?
345. Los resúmenes de las valorizaciones contractuales señalados por PROVIAS en su Liquidación han sido elaborados dentro del marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo al artículo 45 del Reglamento, la liquidación final de la obra debe elaborarse teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, los precios unitarios ofertados, los Gastos Generales y la Utilidad ofertados.
346. El Tribunal considera que la metodología y el cálculo efectuado por el Perito para obtener los metrados ejecutados como Presupuesto Adicional No. 05 son correctos:

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 05 (Anexo 2.5.1), estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciona el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 05, obteniendo un monto final de S/. 4'226,781.44 Inc IGV (Anexo 2.5.2).

347. En esa línea, habiendo multiplicado los metrados realmente ejecutados como Presupuesto Adicional No. 05 con los precios unitarios ofertados se obtiene que el valor total de dichos metrados asciende a la suma de S/. 4'226,781.44, incluido IGV. Tal como se señala en el Anexo 2.5.2. del Informe Pericial.
- c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?
348. De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la liquidación presentada por el Contratista, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 05 asciende a la suma S/. 3'533,333.92 sin IGV, es decir, S/. 4'204,667.23 con IGV.
- d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes" ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVÍAS al CONSORCIO, en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 5?
349. El monto que se encuentra pendiente de pago respecto al Presupuesto Adicional No. 5 asciende a la suma de S/. 22,114.21 incluido IGV.
350. La cifra se obtiene de la diferencia entre el monto contractual ejecutado por el CONSORCIO y el monto pagado por PROVIAS, de acuerdo al siguiente detalle:

Metrado realmente ejecutado por el CONSORCIO	S/. 4'226,781.44 incluido IGV
Monto pagado a cuenta	S/. 4'204,667.23 incluido IGV
Diferencia pendiente de pago	S/. 22,114.21 incluido IGV

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

En relación al Presupuesto Adicional No. 6.-

- a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO, con cargo al Presupuesto Adicional No. 6?
351. Para determinar los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 06 se debe considerar los metrados del presupuesto adicional aprobado y los metrados provenientes del replanteo final de la obra correspondiente a dicho adicional, con su respectivo sustento.
352. Teniendo en cuenta el replanteo de los metrados contractuales que fueron presentados por el CONTRATISTA, los cuales se entienden como los realmente ejecutados, y los metrados del Resumen Total de metrados del Replanteo de Obra (Anexo 05 de la Pericia), el Tribunal considera que el cálculo de los metrados contractuales realmente ejecutados corresponde al cálculo efectuado por el Perito en el Anexo 2.6.1. del Informe Pericial: "Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 06".
353. Cabe señalar que el Perito encontró una incompatibilidad en la comparación entre las plantillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 06 del CONSORCIO y la de la ENTIDAD.
354. Por ello, el Perito se sustentó en la información contenida en la planilla de metrados presentada por el CONSORCIO y optó por considerar los metrados sustentados por éste en aquellas partidas no concordantes; en cambio, en los casos en que los metrados eran compatibles mantuvo el mismo cálculo.
355. El Tribunal, también en este caso, encuentra que la metodología empleada en el Dictamen Pericial es adecuada.
356. Al respecto, nuevamente, si bien PROVÍAS ha cuestionado la metodología de cálculo empleada por el Perito – cuestionamiento que no ha generado convicción en el Tribunal – no ha señalado que exista error en el cálculo efectuado por el Perito.
- b. ¿Dichos metrados adicionales ejecutados fueron correctamente valorizados por PROVÍAS, de acuerdo a los términos de la norma aplicable al contrato materia de litigio? De no ser así ¿qué suma correspondía que PROVÍAS valorizara en relación a dichos metrados?

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

357. Los resúmenes de las valorizaciones contractuales señalados por PROVIAS en su Liquidación han sido elaborados dentro del marco legal aplicable. En ese sentido, de acuerdo al artículo 45 del Reglamento, la liquidación final de la obra debe elaborarse teniendo en cuenta los metrados realmente ejecutados, los precios unitarios ofertados, los Gastos Generales y la Utilidad ofertados.
358. El Tribunal considera que la metodología y el cálculo efectuado por el Perito para obtener los metrados ejecutados como Presupuesto Adicional No. 06 son correctos:

De acuerdo al análisis realizado en el literal a), hemos obtenido el cuadro Metrados Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 06 (Anexo 2.6.1), estos metrados han sido multiplicados por los precios unitarios ofertados y se adiciona el porcentaje de Gastos Generales y Utilidad ofertados, teniendo como resultado el Cuadro Recalcado Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional N° 06, obteniendo un monto final de S/. 1'617,533.61 Inc. IGV (Anexo 2.6.2).

359. En esa línea, habiendo multiplicado los metrados realmente ejecutados como Presupuesto Adicional No. 06 con los precios unitarios ofertados se obtiene que el valor total de dichos metrados asciende a la suma de S/. 1'617,533.61, incluido IGV. Tal como se señala en el Anexo 2.6.2. del Informe Pericial.

c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?

360. De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la liquidación presentada por el CONTRATISTA, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 06 asciende a la suma de S/. 1'327,544.32 sin IGV, es decir, S/. 1'579,777.74 con IGV.

d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes" ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVÍAS al CONSORCIO, en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 6?

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

361. El monto que se encuentra pendiente de pago respecto al Presupuesto Adicional No. 6, asciende a la suma de S/.37,755.87 incluido IGV.
362. La cifra obtenida de la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el CONSORCIO y el monto pagado por PROVIAS es el siguiente:

Metrado realmente ejecutado por el CONSORCIO	S/. 1'617,533.61 con IGV
Monto pagado a cuenta	S/. 1'579,777.74 con IGV
Diferencia pendiente de pago	S/. 37,755.87 con IGV

363. Así, las diferencias de cálculo respecto a los presupuestos adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6 ascienden a la suma total de S/. 427,585.54 incluido IGV.

PRESUPUESTO ADICIONAL	DIFERENCIA
Presupuesto Adicional No. 01	S/. 192, 556.73
Presupuesto Adicional No. 03	s/. 50, 506.74
Presupuesto Adicional No. 04	s/. 124, 651.99
Presupuesto Adicional No. 05	s/. 22, 114.21
Presupuesto Adicional No. 06	s/. 37, 755.87
TOTAL	S/. 427,585.54

C. IGV e intereses

364. Respecto al pago del IGV, este Tribunal considera que los montos que PROVÍAS debe retribuir al CONSORCIO corresponden al pago de las prestaciones ejecutadas por ésta última y no reconocidas ni canceladas por la ENTIDAD.
365. Por ello considerando que el pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, con cargo a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6, concedidos a favor del CONSORCIO forman parte de la contraprestación, sí corresponde ordenar a PROVÍAS que también pague el IGV solicitado por el CONTRATISTA en este extremo.
366. En relación a si corresponde o no el pago de los intereses, se debe tener en cuenta que el reconocimiento del pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, con cargo a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6, corresponden a intereses moratorios, mas no compensatorios; de tal forma que, en el presente caso, nos

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

encontramos ante una obligación cuyo monto ha requerido determinación por parte de este Tribunal.

367. Para ello el Tribunal se remite al análisis legal de intereses realizado en el Primer extremo de la Primera Pretensión Principal, en el que concluyó que los intereses en este caso se rigen por los artículos 1324, 1333 y 1334 del Código Civil.
368. En esa medida únicamente es necesario recordar que las obligaciones dinerarias devengarán intereses desde la fecha de constitución en mora del deudor, debiendo aplicarse la tasa de interés legal nominal y además que tratándose en este caso de una obligación de dar suma de dinero que ha requerido ser determinada por este Tribunal, los intereses se aplican desde la fecha de constitución de la Demanda del CONSORCIO.
369. En ese sentido, siendo que en este caso, como ya dijimos anteriormente, los escritos de demanda y ampliación de la demanda fueron notificadas a PROVÍAS mediante Oficio No. 4202-2008-CONSUCODE-OCA de fecha 04 de septiembre de 2008, es desde dicha fecha que corresponde conceder los intereses solicitados, aplicando la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, para el periodo en cuestión.

D. Conclusión

370. Siendo así, el Tribunal declara FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión planteada por el CONSORCIO y SE ORDENA a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 427,585.54 (Cuatrocientos Veinte y Siete Mil Quinientos Ochenta y Cinco y 54/100 Nuevos Soles), suma en la que ya se encuentra incluido el IGV, más los intereses legales devengados a partir de 04 de septiembre de 2008.

4. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/.2'303,184.64 (Dos Millones Trescientos Mil Tres Ciento Ochenta y Cuatro con 64/100 Nuevos Soles) incluido IGV⁶⁸, por concepto de mayores obras ejecutadas y

⁶⁸ Al respecto cabe precisar que, mediante su escrito de Demanda , el CONSORCIO estableció que el monto materia de la controversia respecto a la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas asciende a 2'001,561.27 (Dos Millones Un Mil Quinientos Sesenta y Uno y 27/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

Sí embargo, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO amplió su Demanda en relación a la presente Pretensión y sus subordinadas, indicando que el monto

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

trabajos de emergencia consistentes en la eliminación de derrumbes y excavación en las paredes agrietadas de ciertos taludes en inminente peligro de derrumbe; supuestamente instruidas, medidas, valorizadas y certificadas por el Supervisor, correspondientes todas ellas a los Presupuestos Adicionales No. 07 y No. 08, más los intereses legales que se devenguen?

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

Hechos respecto al Presupuesto Adicional No. 07.-

371. Entre los meses de octubre de 2006 y febrero de 2007 se presentaron lluvias intensas en la región donde se ejecutó la obra, las mismas que generaron derrumbes en algunos tramos de la misma. Por tal motivo, mediante Decreto de Urgencia No. 006-2007⁶⁹, el Poder Ejecutivo declaró la zona de Pasco en emergencia.
372. Teniendo en cuenta dichos derrumbes, la SUPERVISIÓN de la obra ordenó al CONSORCIO la remoción de derrumbes en la zona. Asimismo dicho CONTRATISTA ejecutó una serie de trabajos supuestamente de emergencia.
373. Es precisamente dicha situación la que generó la ejecución de los trabajos contenidos en el Presupuesto Adicional No. 07, el mismo que a decir del CONSORCIO englobaba tanto trabajos por situaciones de emergencia, como otros trabajos que configuraron mayores metrados a los previstos para las partidas contractuales. Constancia de dichos derrumbes y trabajos habrían quedado indicados en diversos asientos del Cuaderno de Obra⁷⁰.
374. Ello queda acreditado mediante carta No. 290-2006-MTC/20.5⁷¹ de fecha 07 de marzo de 2006, a través de la cual la ENTIDAD indicó al SUPERVISOR que aquellos derrumbes efectivamente ocurridos en la carretera debían ser pagados con la partida de remoción de derrumbes, con metrados del proyecto, y en caso existan metrados adicionales debían ser tratados como Presupuestos Adicionales.

demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/. 2'303,184.64 (Dos Millones Trescientos Tres Mil Ciento Ochenta y Cuatro y 64/100 Nuevos Soles) incluido !GV.

Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda, sin que haya manifestado discrepancia respecto a la admisión de la Ampliación de la Demanda en tal extremo.

⁶⁹ Anexo 1-J de la Demanda.

⁷⁰ Anexos 1-I y 1-L de la Demanda.

⁷¹ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

375. Si bien en el Expediente Técnico original se previó una partida de remoción de Derrumbes, durante la ejecución de la misma ésta llegó al tope contractual de 43,594.83 m³ en octubre de 2006.
376. Teniendo en cuenta ello, el Presupuesto Adicional No. 07 incluyó las siguientes partidas contractuales: (i) Movimiento de Tierras; (ii) Obras de arte y drenaje; (iii) Medio ambiente; y (iv) Transportes.
377. Paralelamente a ello se habría incluido una nueva partida denominada “Apoyo en Situación de Emergencia”, que consistía básicamente en las siguientes obras: (i) Limpieza de derrumbes para dar transitabilidad; (ii) atención especial al siniestro ocurrido en el Sector de Mesapata; y (iii) Mantenimiento de vías alternas.
378. En atención a todo ello, mediante Carta No. 137-2007/CSVPO-JS⁷² de fecha 20 de marzo de 2007, el SUPERVISOR remitió a PROVÍAS para su aprobación el Presupuesto Adicional No. 7, que incluía los trabajos generados por situaciones de emergencia y otros que suponían mayores metrados, por un monto total de S/. 8'348,651.26 (Ocho Millones Trescientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 26/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
379. Ante ello, mediante Resolución Directoral No. 1330-2007-MTC/20⁷³ de fecha 18 de abril de 2007, PROVÍAS aprobó el Presupuesto Adicional No. 07 por el concepto de “mayores metrados en movimiento de tierras, obras de arte y drenaje, gaviones, medio ambiente y transportes y mayores metrados en partida nueva: Apoyo en situación de emergencia”, por la referida suma de S/. 8'348,651.26 (Ocho Millones Trescientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 26/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
380. Teniendo en cuenta dicha aprobación, el monto de metrados aprobados excedía el 10% del monto contratado⁷⁴. En ese sentido, de conformidad con el literal k) del artículo 22 de la Ley No. 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República⁷⁵,
- 

⁷² Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

⁷³ Anexo 1-K de la Demanda.

⁷⁴ Ello en función de que la solicitud del presupuesto adicional supone un porcentaje de incidencia acumulada de 19,42% que supera el porcentaje máximo que puede ser autorizado por PROVÍAS de 10% del monto contratado.

⁷⁵ “Artículo 22.- Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

mediante Oficio No. 385-2007-MTC/20⁷⁶ de fecha 19 de abril de 2007, PROVÍAS remitió el Presupuesto Adicional en cuestión a la CONTRALORÍA para que proceda a autorizar el pago del mismo.

381. Posteriormente mediante Oficio No. 495-2007-CG/VC⁷⁷ de fecha 04 de mayo de 2007, la CONTRALORÍA solicitó a PROVÍAS aclaraciones e información complementaria en relación a dicho Presupuesto Adicional No. 07.
382. Mediante Oficio No. 459-2007-MTC/20⁷⁸, de fecha 11 de mayo de 2007 PROVÍAS absolvio el requerimiento efectuado por la CONTRALORÍA.
383. Luego de ello, mediante Resolución de Vicecontraloría No. 024-2007-CGR⁷⁹ de fecha 31 de mayo de 2007, la CONTRALORÍA decidió desestimar la solicitud de autorización del Presupuesto Adicional No. 07.
384. Dicha Resolución se basó en el Informe Técnico adjunto a la misma, que recomendó denegar el Presupuesto Adicional en cuestión por los siguientes motivos: (i) la ENTIDAD no habría sustentado los metrados de remoción de derrumbes, ni la necesidad de la ejecución de muros y gaviones; y (ii) dado que la autorización que corresponde emitir a la CONTRALORÍA es previa a la ejecución y pago de los trabajos, siendo que el Presupuesto Adicional No. 07 en cuestión incluye trabajos ya ejecutados, dicho “*Ente Rector no autoriza los trabajos de remoción de derrumbes ejecutados*”.
385. Ante ello, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2007, PROVÍAS presentó un recurso de Reconsideración contra la referida Resolución de la CONTRALORÍA⁸⁰, rectificando el monto solicitado y variándolo por la suma de S/.7'710,820.57 (Siete Millones Setecientos Diez Mil Ochocientos Veinte y 57/100 Nuevos Soles).
386. Posteriormente, mediante Resolución de Vicecontraloría No. 028-2007-CGR⁸¹ de fecha 07 de agosto de 2007, la CONTRALORÍA amparó en

obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento”.

⁷⁶ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

⁷⁷ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

⁷⁸ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

⁷⁹ Anexo 1-LL de la Demanda.

⁸⁰ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

⁸¹ Anexo 1- M de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

parte el recurso y reconsideró su decisión otorgando en parte la autorización del presupuesto adicional No. 07 únicamente por un monto de S/. 5'175,344.58 (Cinco Millones Ciento Setenta y Cinco Mil Trescientos Cuarenta y Cuatro y 58/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

387. Ante ello, mediante Carta CVO-073/07⁸² de fecha 28 de agosto de 2007, el CONSORCIO señaló a PROVÍAS que “no puede negarse a honrar el pago completo de las obras ejecutadas materia del presupuesto adicional 07 sobre la base de un procedimiento inter administrativo en el que Provías cumple un rol distinto, el de ser sujeto materia de Control Administrativo por la CGR [la CONTRALORÍA]”.
388. En la misma carta y más adelante, el CONTRATISTA indicó que “PROVÍAS NACIONAL tiene la obligación de cumplir la prestación central a su cargo (pagar todos los trabajos autorizados), lo que conlleva inherentemente la obligación de realizar todos los actos necesarios encaminados al cumplimiento de aquella. El Contrato obliga a las partes a un verdadero deber de colaboración, (...). Ambas partes tienen el deber de comportarse de manera tal que permita satisfacer el interés de la otra al contratar”.
389. Finalmente indicó que “por tanto consideramos que Provías Nacional realizará las acciones pertinentes que le permitan cumplir con el pago de los trabajos que siendo integrantes del adicional No. 07 han sido ejecutados por vuestras instrucciones y no han sido cancelados a la fecha”.
390. No obstante ello PROVÍAS no realizó ninguna acción adicional tendiente a lograr la autorización de pago del monto total del Presupuesto Adicional No. 07 en cuestión, motivo el por el cual la Resolución de Vicecontraloría No. 028-2007-CGR quedó consentida.

Hechos respecto al Presupuesto Adicional No. 08.-

391. Este Presupuesto Adicional tendría su origen en los mayores metrados incurridos por derrumbes acaecidos después de tramitado el Presupuesto Adicional No. 07, obedeciendo a la mismas causas.
392. Ante ello, mediante carta No. 353-2007/CSVPO-JS⁸³ de fecha 19 de julio de 2007, la SUPERVISIÓN remitió a PROVÍAS para su aprobación el

⁸² Anexo 1- N de la Demanda.

⁸³ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

Presupuesto Adicional No. 08 en cuestión, por el concepto de mayores metrados por derrumbes originados por las constantes e intensas lluvias.

393. Posteriormente, mediante Resolución Directoral No. 3579-2007-MTC/20⁸⁴ de fecha 17 de agosto de 2007, PROVÍAS aprobó el Presupuesto Adicional No. 08 por un monto total de S/. 378,438.00 (Trescientos Setenta y Ocho Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho y 00/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
394. Al igual que en el caso anterior, mediante Oficio No. 920-2007-MTC/20 de fecha 20 de agosto de 2007 PROVÍAS remitió el Presupuesto Adicional No. 08 a la CONTRALORÍA para la aprobación de pago respectivo.
395. Sin embargo, mediante Resolución de Vicecontraloría No. 034-2007-CGR⁸⁵ de fecha 11 de septiembre de 2007, la CONTRALORÍA decidió aprobar parcialmente la solicitud de autorización del Presupuesto Adicional No. 08 únicamente por un monto de S/. 71 537,12 (Setenta y Un Mil Quinientos Treinta y Siete y 12/100 Nuevos Soles). Posteriormente dicha Resolución no fue reconsiderada ni apelada por PROVÍAS, motivo por el cual quedó consentida.

Posición del CONSORCIO respecto al Presupuesto Adicional No. 07.-

396. En este extremo, el CONTRATISTA refiere que mediante la mencionada Carta No. CVO-073/07 de fecha 28 de agosto de 2007⁸⁶ habría advertido a PROVÍAS la necesidad de apelar la decisión de la CONTRALORÍA que aprobó parcialmente el Presupuesto Adicional No. 07 en cuestión, sin embargo dicha ENTIDAD no lo habría hecho, “mermando así las chances de cobro por parte del Contratista”.
397. A pesar de ello PROVÍAS pretende desconocerle el monto por las obras realmente ejecutadas. En esa línea demanda que PROVÍAS asuma el pago de dicho monto pendiente.
398. Sobre el particular señala que el valor de los metrados realmente ejecutados en relación a este Presupuesto Adicional asciende a la suma de S/. 209,567.60 (Seis Millones Doscientos Nueve Mil Quinientos Sesenta y Siete y 60/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, tal como consta en su Liquidación Final.

⁸⁴ Anexo 1- Ñ de la Demanda.

⁸⁵ Anexo 1- O de la Demanda.

⁸⁶ Anexo 1-M de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

399. Sin embargo, de dicho monto únicamente se le habría pagado la suma de S/.4'287,245.73 (Cuatro Millones Doscientos Ochenta y Siete Mil Doscientos Cuarenta y Cinco y 73/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV. Por tal motivo existiría una diferencia supuestamente pendiente de pago ascendente a S/. 1'922,321.86 (Un Millón Novecientos Veintidós Mil Trescientos Veintiuno y 86/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, que correspondería al monto solicitado en este extremo de su Pretensión⁸⁷.
400. Dichos montos se aprecian en la Liquidación Final de Obra presentada por el CONTRATISTA⁸⁸, de la siguiente manera:

7	VAL Nº 1 - AGO 07							2,187,448.31
7	VAL Nº 2 - SEP 07							1,269,035.33
7	VAL Nº 3 - OCT 07							635,472.28
7	VAL Nº 4 - NOV 07							195,269.81
Val. Regulariz. por Liq. de Obra								1,922,321.86
								6,209,567.60

401. De otro lado, el CONSORCIO señala que los denominados “trabajos de emergencia” son tales en tanto su ejecución inmediata es imprescindible, debido a la urgencia de los hechos que los motivan, lo cual obliga a la ENTIDAD o a la SUPERVISIÓN a actuar con celeridad a fin de no comprometer la vida de terceros y/o la obra misma.
402. Señala el CONSORCIO que si existiera la necesidad de realizar algún trámite administrativo al interior de PROVÍAS, los trabajos de emergencia perderían tal naturaleza. Asimismo sería obligación del CONTRATISTA ejecutar dichos trabajos puesto que así lo habría dispuesto la cláusula 7.3. del propio contrato de obra de la siguiente manera:

“Si se presentaran situaciones excepcionales que en opinión de EL SUPERVISOR comprometan la seguridad de la vida de personas, y de LA OBRA, o la propiedad de terceros, EL

⁸⁷ Al respecto es necesario señalar que en su escrito de Demanda EL CONSORCIO señaló que el monto de metrados ejecutados correspondía a la suma de S/. 6'161,439.25. Sin embargo, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO modificó el monto demandado debido a un supuesto error al consignar este monto en la liquidación, indicando que el mismo corresponde a la suma de S/.6'209,567.60.

⁸⁸ La misma que forma parte del Anexo 1-D de su Demanda y que a su vez fuera presentada también en la Primera Audiencia Especial llevada a cabo el día 21 de junio de 2010.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

CONTRATISTA, por excepción acatará de inmediato y sin apelación, disposiciones que EL SUPERVISOR dicte, tendientes a mitigar o superar esa contingencia".

403. En esa línea la normativa aplicable a los trabajos adicionales no sería aplicable a los trabajos de emergencia, en la medida que por su propia naturaleza estos deben ser ejecutados sin trámite previo alguno, tal como se indica en el propio contrato de obra a través de la cláusula transcrita.
404. Finalmente, el CONSORCIO indica que él ha celebrado un contrato con PROVÍAS y en relación a dicho contrato son las partes del mismo las que deben actuar una frente a la otra. En ese sentido, la opinión de la CONTRALORÍA no podría modificar su contrato "para convertir las prestaciones expresamente pactadas como onerosas en prestaciones a título gratuito".
405. Inclusive OSCE habría reconocido el derecho de los Contratistas a ser retribuidos por las obras ejecutadas, aún si luego no fueran autorizadas por la CONTRALORÍA. Para ello cita la Opinión No. 59-2002 de OSCE (antes CONSUCODE)⁸⁹.

Posición del CONSORCIO respecto al Presupuesto Adicional No. 08.-

406. En este extremo, el CONTRATISTA refiere que dado que PROVÍAS tampoco reconsideró ni apeló la Resolución de la CONTRALORÍA que aprobó parcialmente el Presupuesto Adicional No. 08 en cuestión, es dicha ENTIDAD la que debe asumir la deuda pendiente en relación a los trabajos ejecutados.
407. Para ello plantea los mismos argumentos de derecho relacionados al Presupuesto Adicional No. 07 revisados anteriormente.
408. Finalmente, el CONSORCIO señala que el valor de los metrados realmente ejecutados en relación a este Presupuesto Adicional asciende a la suma de S/.73,242.63 (Setenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Dos y 63/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, tal como consta en su Liquidación Final.
409. Sin embargo, de dicho monto únicamente se le habría pagado únicamente la suma de S/.60,115.22 (Sesenta Mil Ciento Quince y 22/100 Nuevos

⁸⁹ "El impedimento de regularizar (obtenerla autorización de Contraloría) las prestaciones adicionales no significa que la Entidad no deba cancelar efectivamente lo ejecutado, pues se configuraría enriquecimiento sin causa por parte de ella.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

Soles) sin IGV. Por tal motivo existiría una diferencia supuestamente pendiente de pago ascendente a S/.13,127.41 (Trece Mil Ciento Veintisiete y 41/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, que correspondería al monto solicitado en este extremo de la Pretensión.

410. Dichos montos se aprecian en la Liquidación Final de Obra presentada por el CONTRATISTA⁹⁰, de la siguiente manera:

8	VAL Nº 1 - SEP 07							80,115.22	3,606.91
	Val. Regulariz. por Liq. de Obra							13,127.41	787.64
								73,242.63	4,394.55

411. En conclusión, el monto total de esta pretensión sería la suma de los montos supuestamente pendientes de pago por ambos Presupuestos Adicionales, que resulta un monto total de S/.1'935,449.28 sin incluir IGV, esto es entonces S/.2'303,184.64 incluyendo IGV.

412. Sin embargo, en su escrito de Demanda EL CONTRATISTA indicó que del Anexo 1 de la Resolución Directoral No. 1199-2008-MTC/20 que aprobó la Liquidación de PROVÍAS ha “interpretado” que la ENTIDAD habría reconocido adeudarles la suma de S/.205,336.67 (Doscientos Cinco Mil Trescientos Treinta y Seis y 67/100 Nuevos Soles) sin IGV. por este concepto. En efecto, en dicha Liquidación de PROVÍAS se indica lo siguiente:

CONCEPTO	COSTO FINAL DE OBRA	MONTOS CANCELADOS	SALDO POR PAGAR
	S/. .	S/. .	S/. .
3.00 VALORIZACIONES	83,746,166.20	82,510,241.44	1,235,924.76
3.01 - Valorizaciones del Contrato Principal	64,542,564.26	63,511,976.16	1,030,588.09
3.02 - Valorizaciones de los Adicionales de Obra	19,203,601.95	18,998,265.28	(205,336.67)

413. En esa línea, EL CONSORCIO señaló en su Demanda que el monto que se encontraría pendiente de pago sería la diferencia entre el monto total supuestamente pendiente de pago por ambos Presupuestos Adicionales en cuestión (S/.1'935,449.28) menos el monto que PROVÍAS habría reconocido deberle. Dicha diferencia asciende a la suma de S/.

⁹⁰ La misma que forma parte del Anexo 1-D de su Demanda y que a su vez fuera presentada también en la Primera Audiencia Especial llevada a cabo el día 21 de junio de 2010.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

1'681,984.26 (Un Millón Seiscientos Ochenta y Un Mil Novecientos Ochenta y Cuatro y 26/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV. Por tal motivo, incluyendo el IGV, el monto total de la presente pretensión sería de S/.2'001,561.27 (Dos Millones Un Mil Quinientos Sesenta y Uno y 27/100 Nuevos Soles), de acuerdo a lo establecido en su escrito de Demanda.

414. Sin embargo, en su escrito de Ampliación de Demanda de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO ya no ha restado esta cifra supuestamente reconocida por PROVÍAS (S/.205,336.67), motivo por el cual la suma correcta correspondiente a la Pretensión del CONSORCIO asciende al monto total de S/.2'303,184.64, incluyendo IGV, tal como se había calculado anteriormente⁹¹.

Posición de PROVÍAS respecto al Presupuesto Adicional No. 07.-

415. La ENTIDAD señala que no sería cierto que en la comunicación del CONSORCIO éste le hubiera solicitado expresamente que apelara la Resolución de la CONTRALORÍA que aprobó parcialmente el Presupuesto Adicional No. 07 y por el contrario le habría solicitado que se le pagara directamente, motivo por el cual el CONSORCIO “falta a la verdad”.
416. Asimismo, indica que dicho supuesto “requerimiento” fue efectuado el último día hábil para presentar la apelación por lo cual “resultaba materialmente imposible preparar un recurso de apelación en menos de un día”.
417. De otro lado, PROVÍAS no manifiesta ningún argumento en relación a los metrados que realmente habrían sido ejecutados por parte del CONSORCIO como Adicional No. 07, así como tampoco en relación a la diferencia que supuestamente quedaría pendiente de pago teniendo en cuenta por un lado el monto aprobado por la CONTRALORÍA.
418. Finalmente, en el Primer Otrosí Decimos de su escrito de Contestación PROVÍAS deduce EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en relación a la presente Pretensión. Al respecto señala que “no es posible cuestionar en vía arbitral las decisiones de CGR [la CONTRALORÍA] NI SUS EFECTOS, POR LO CUAL LAS PRETENSIONES DEL Consorcio Destinadas a cuestionar y /o enervar y/o inobservar las decisiones de CGR no pueden

⁹¹ En efecto, en su escrito de fecha 21 de junio de 2010, EL CONSORCIO señaló lo siguiente: “1. Que, toda vez que no ha culminado la etapa probatoria ampliamos nuestra Demanda Arbitral, señalando que en la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas (...) el monto que corresponde se nos pague [se refiere a PROVÍAS] asciende a la suma de s/. 2'303 184.64 (Dos Millones Trescientos Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 64/100 Nuevos Soles), tal como consta en la Liquidación presentada por el Contratista”.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

ser resueltas ante este Tribunal". En esa línea señala que el Tribunal Arbitral no sería competente para resolver una controversia que se deriva de los efectos de lo dispuesto por la CONTRALORÍA.

Posición de PROVIAS respecto al Presupuesto Adicional No. 08.-

419. PROVIAS señala que este Presupuesto Adicional tiene mucha semejanza con el Presupuesto Adicional No. 07 en la medida que se ejecutó antes de ser revisado por la CONTRALORÍA y que ésta denegó gran porcentaje del Adicional. Finalmente indica que según su Ingeniero Especialista de Obra la Resolución de la CONTRALORÍA “*no se apeló puesto que el Contratista no efectuó ningún reclamo al respecto a la Entidad*”.
420. Finalmente, PROVIAS no manifiesta ningún argumento en relación a los metrados que realmente habrían sido ejecutados por parte del CONSORCIO como Adicional No. 08, así como tampoco en relación a la diferencia que quedaría supuestamente pendiente de pago teniendo en cuenta por un lado el monto aprobado por la CONTRALORÍA.
421. Finalmente, en el Primer Otrosí Decimos de su escrito de Contestación PROVIAS deduce EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en relación a la presente Pretensión. Al respecto señala que “*no es posible cuestionar en vía arbitral las decisiones de CGR [la CONTRALORÍA] NI SUS EFECTOS, POR LO CUAL LAS PRETENSIONES DEL Consorcio Destinadas a cuestionar y /o enervar y/o inobservar las decisiones de CGR no pueden ser resueltas ante este Tribunal*”. En esa línea señala que el Tribunal Arbitral no sería competente para resolver una controversia que se deriva de los efectos de lo dispuesto por la CONTRALORÍA.

Resolución del Tribunal.-

A. Excepción de Incompetencia

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS en relación a la presente Pretensión Principal y sus subordinadas?

422. PROVIAS se ha opuesto a la arbitrabilidad de la Tercera Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO cuestionando la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la misma. Argumenta que los saldos de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08 no autorizados por la CONTRALORÍA no pueden someterse a arbitraje por disposición expresa del literal k del artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría de la República.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

423. En aplicación del artículo 39 de la Ley General de Arbitraje (en adelante, la LGA)⁹², Ley No. 26572, ley aplicable al presente caso, este Tribunal es competente para decidir su propia competencia, debiendo resolver dicha materia de manera previa a su pronunciamiento. Así, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre este punto controvertido a fin de determinar si tiene competencia o no para pronunciarse respecto a esta pretensión.
424. Para analizar la procedencia de esta excepción, cabe reparar en primer lugar en la naturaleza de la pretensión que solicita el CONSORCIO en este extremo. A criterio del Tribunal, lo que se plantea en dicha pretensión se vincula y atañe a la relación contractual establecida entre ésta y PROVIAS, específicamente se refiere a la obligación de pago de PROVIAS derivada de su orden de ejecución de ciertos trabajos Adicionales cuyos montos no fueron posteriormente aprobados por la CONTRALORÍA.
425. En el marco de una relación contractual, las consecuencias derivadas de la aprobación por la CONTRALORÍA de Adicionales de Obra no se encuentra bajo el ámbito de la prohibición establecida en el inciso 4 del artículo 1 de la LGA⁹³, que prohíbe el sometimiento a arbitraje de materias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.
426. Este sería el caso si se tratase de una acción dirigida a discutir la decisión de la CONTRALORÍA en la cual, como consecuencia de las pretensiones planteadas, el Tribunal se viera en la obligación de revisar en su pronunciamiento dichas decisiones o eventualmente pretender declarar su nulidad. Como resulta evidente, este aspecto efectivamente se referiría a atribuciones de *ius imperium* del Estado y únicamente podría ser discutido

⁹², “Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, inefficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada”.

⁹³, “Artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:
(.)

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.”

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

en el Poder Judicial vía la acción contencioso-administrativa correspondiente.

427. Sobre el particular cabe mencionar que mediante Casación No. 825-2006 Lima de fecha 15 de diciembre de 2006, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estableció: (i) que no podrán ser objeto de arbitraje las decisiones que emita la CONTRALORÍA; y (ii) que, en aplicación del literal k del artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, no podrá ser sometido a arbitraje el alcance de las resoluciones de la CONTRALORÍA.
428. Al respecto, el Tribunal considera importante precisar que la corrección, validez, eficacia o vigencia de las decisiones adoptadas por la CONTRALORÍA se encuentran fuera del ámbito de discusión en este proceso.
429. Para ello puede apreciarse de los escritos postulatorios del CONTRATISTA que sus reclamos parten del presupuesto de que las decisiones de la CONTRALORÍA han quedado consentidas y que no pueden ser revisadas por este Tribunal.
430. Sin perjuicio de ello, lo que reclama el CONSORCIO es que, con base a la relación contractual que se generó con PROVIAS y de las órdenes dadas por ésta en ejecución de dicho acuerdo, la ENTIDAD se encuentra obligada a pagar el total del monto de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08. Ello aún a pesar de la decisión que emitió la CONTRALORÍA autorizando el pago de un monto menor.
431. Ello no quiere decir que el Tribunal pueda ni vaya a revisar las decisiones de la CONTRALORÍA.
432. Por el contrario, el Tribunal únicamente analizará la procedencia del pago reclamado, teniendo en cuenta tanto las obligaciones contractuales que se generaron entre EL CONSORCIO y PROVIAS así como los efectos que debe tener sobre dichas obligaciones una decisión (no cuestionada) de la CONTRALORÍA.
433. A criterio del Tribunal, no se trata de un intento para que este colegiado evalúe la legalidad o no de las resoluciones emitidas por la CONTRALORÍA y menos aún para que modifiquen dichas decisiones, hecho que evidentemente este Tribunal se encuentra prohibido de realizar. Por el contrario, lo que el CONSORCIO busca a través de la presente pretensión es que PROVIAS lo compense por diversos costos en que incurrió por no haber realizado de manera adecuada sus labores para que

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

la CONTRALORÍA aprueba el pago de los Presupuestos Adicionales en cuestión.

434. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que se encuentra plenamente facultado para pronunciarse respecto de la presente pretensión, dejándose expresa constancia que ello no implicará una evaluación de la legalidad de la decisión de la CONTRALORÍA respecto a los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08, ya que dicha legalidad no es siquiera materia de la discusión planteada por EL CONSORCIO.
435. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que la excepción de incompetencia deducida por PROVIAS contra la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas debe ser declarada INFUNDADA.

B. ¿Puede el Tribunal ordenar, en ejecución del Contrato, el pago de los montos de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08 no aprobados por la CONTRALORÍA?

436. Habiendo declarado Infundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS, corresponde analizar se debe ordenar a la ENTIDAD que asuma el total de los montos reclamados por el CONSORCIO en relación a los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08. Ello a pesar de haber obtenido sólo una aprobación parcial de los mismos por parte de la CONTRALORÍA.
437. La defensa de PROVIAS en este extremo se sustenta en que su representada sólo se encontraba facultada para efectuar dicho pago en caso contara con la autorización de la CONTRALORÍA.
438. Como se ha señalado, el Tribunal Arbitral se encuentra plenamente facultado para pronunciarse respecto de la presente pretensión, dejándose expresa constancia que ello no implicará una evaluación de la legalidad de la decisión de la CONTRALORÍA respecto a los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08.
439. Teniendo en cuenta ello, debemos indicar que conforme al artículo 42 de la LCAE, el tratamiento de los Presupuestos Adicionales se encuentra regulado en los siguientes términos:

"La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir obras o servicios hasta por el mismo porcentaje.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas".

440. De la norma antes citada se desprende que si bien PROVIAS se encontraba facultada a ordenar a su sola discreción la ejecución de adicionales, resultaba necesaria la aprobación de la CONTRALORÍA de manera previa al pago de los mayores montos que éstos generaran.
441. De dicha norma se desprende entonces que, PROVIAS no se encontraba ni se encuentra facultada a reconocer a favor del CONSORCIO el saldo de los montos de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08 no aprobados por la CONTRALORÍA.
442. Ello no sólo en cumplimiento de la legislación vigente, sino principalmente de lo establecido en el propio CONTRATO. En efecto, la cláusula pertinente del mismo señala expresamente una limitación en el sentido que PROVIAS procedería a efectuar el pago de la contraprestación correspondiente únicamente una vez que contara con la autorización de la CONTRALORÍA para estos efectos. Así, la cláusula Décima del CONTRATO señala lo siguiente:

"DÉCIMA: DE LAS OBRAS ADICIONALES Y OBRAS NUEVAS

10.1 Sólo procederá la ejecución de trabajos adicionales cuando se cuente previamente con la Resolución de la máxima autoridad administrativa de PROVIAS NACIONAL y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no superen el Diez por ciento (10%) del monto del Contrato Original Reajustado.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

10.2 Los Trabajos Adicionales que superen el 10 % del monto total del Contrato Original, luego de ser aprobados por la máxima autoridad administrativa de PROVÍAS NACIONAL, requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, tal como lo disponen los artículos 159° y 160° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley No. 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado , en concordancia con la Tercera Disposición Final de la Ley No. 28128, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004, y lo establecido por la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto Público antes referido”.

443. En ese sentido, existiendo una limitación contractual expresa que señala que para que PROVÍAS proceda al pago de los montos correspondientes a los Presupuestos Adicionales requiere la autorización de LA CONTRALORÍA y siendo que en este caso dicha autorización ha sido concedida sólo parcialmente, el Tribunal considera que la Pretensión del CONSORCIO en este extremo no resulta amparable.
444. En efecto, dado que el CONTRATO establece expresamente que PROVÍAS únicamente procederá al pago del monto total de los Presupuestos Adicionales una vez que cuente con la autorización de LA CONTRALORÍA, con la que no se cuenta en el presente caso, el Tribunal no puede ordenar, vía ejecución el CONTRATO, un pago que LA CONTRALORÍA no ha autorizado.
445. Es decir, el Tribunal no puede ordenar, vía ejecución del CONTRATO, que PROVÍAS reconozca el monto total de los trabajos supuestamente ejecutados y solicitados por EL CONTRATISTA.
446. Ello además es concordante con las facultades que la legislación pertinente concede a la CONTRALORÍA, motivo por el cual no cabe que este Tribunal ordene el pago de montos, en vía contractual, no aprobados por dicha institución en la misma vía contractual. Lo contrario implicaría una revisión de las decisiones de LA CONTRALORÍA, revisión que se encuentra impedida para este Tribunal. Más aún si se trata de resoluciones que quedaron firmes y consentidas.
447. Por tanto, siendo que no puede ordenarse, en ejecución del CONTRATO, que PROVÍAS pague los montos solicitados por EL CONTRATISTA, el Tribunal declara INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal del CONTRATISTA.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

4.1. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Tercera Pretensión Principal, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 2'303,184.64 incluido IGV por concepto de indemnización por los daños irrogados como consecuencia de los incumplimientos de PROVÍAS y/o del ejercicio abusivo de sus derechos y/o de su conducta negligente en la ejecución del Contrato de obra, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho que se detallan en esta pretensión, más los intereses correspondientes.

Posición del CONSORCIO.-

448. Al respecto, el CONSORCIO sostiene que dado el carácter indemnizatorio de esta pretensión, los elementos que deben analizarse son: (i) Los hechos dañosos o antijurídicos; (ii) el factor atributivo de responsabilidad: culpa o dolo; (iii) el nexo causal; y (iv) el daño.
449. En relación al hecho dañoso, EL CONSORCIO señala que en este caso se habría presentado un incumplimiento culposo de los deberes de colaboración por parte de PROVÍAS.
450. Al respecto señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 1428° del Código Civil, cuando en un contrato de prestaciones recíprocas, alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la parte perjudicada puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
451. En esa línea refiere que en base al artículo 1362° del Código Civil se ha establecido un deber de buena fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, motivo por el cual ambas partes tienen diversos deberes de colaboración que deben cumplir. Por tanto, en caso se produzca una conducta antijurídica susceptible de causar daño a la contraparte, la parte perjudicada podrá solicitar la indemnización respectiva.
452. Teniendo en cuenta ello, el CONSORCIO afirma que PROVÍAS no habría cumplido su deber de colaboración al no haber defendido diligentemente ante LA CONTRALORÍA los Presupuestos Adicionales en cuestión, es decir que a su criterio “PROVÍAS debió tramitar debidamente los trabajos adicionales, esto es apelar lo dispuesto por la CONTRALORÍA (e incluso eventualmente recurrir a la vía judicial), sin embargo no lo hizo”.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

453. Es decir, a criterio del CONTRATISTA, PROVÍAS tuvo un comportamiento negligente en la tramitación de los Presupuestos Adicionales en cuestión, ya que no agotó la vía administrativa y menos aún la vía judicial para que se le pagara al CONSORCIO los Presupuestos Adicionales previamente aprobados por dicha ENTIDAD. Ello más aún si es la misma ENTIDAD la que presentó a la CONTRALORÍA el sustento para la aprobación de los referidos Adicionales.
454. Ello a su vez correspondería a un ejercicio abusivo de PROVÍAS de sus derechos de controlar y supervisar la obra, al haber ordenado y reconocido la ejecución de los adicionales de obra en cuestión y finalmente no pagar los mismos.
455. De otro lado, en relación al factor atributivo de responsabilidad el CONSORCIO señala que en este caso se ha producido una culpa leve porque se trataría de una omisión de la diligencia debida por parte de PROVÍAS. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 1329º del Código Civil la culpa leve se presume, motivo por el cual es PROVÍAS quien deberá demostrar su diligencia.
456. En relación al nexo causal, a decir del CONSORCIO, “*es el ejercicio abusivo de la Demandada y/o su negligencia en cumplir sus deberes de colaboración la causa directa e inmediata de los daños sufridos por la Demandante*”.
457. Finalmente, en relación al daño, éste estaría conformado por el valor monetario de aquello que el CONTRATISTA ha dejado de percibir como consecuencia de la conducta de PROVÍAS, esto es el valor de la Pretensión más los intereses correspondientes.

Posición de PROVÍAS.-

458. PROVÍAS señala que el CONSORCIO no ha demostrado que dicha ENTIDAD haya incurrido en negligencia alguna en relación a los Presupuestos Adicionales en cuestión.
459. En relación al Presupuesto Adicional No. 7, PROVÍAS señala que al denegar la CONTRALORÍA el pago de los mayores metrados, inmediatamente interpuso el Recurso de Reconsideración respectivo, aportando nuevas pruebas y argumentos para la autorización de dicho Adicional, el mismo que fue resuelto mediante Resolución de Vicecontraloría No. 028-2007-CG autorizando parcialmente el mencionado Presupuesto Adicional.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

460. En relación al Presupuesto Adicional No. 08 PROVÍAS señala que tampoco habría incurrido en negligencia alguna puesto que “*sustentó debidamente que el metrado contractual había sido agotado por los constantes derrumbes en la zona*”, motivo por el cual mediante Resolución de Vicecontraloría No. 034-2007-CG se aprobó parcialmente este Adicional.
461. En esa línea PROVÍAS afirma que “*no ha existido negligencia alguna, (...) muy por el contrario ha gestionado todo lo referente a dichos adicionales en razón a las situaciones de particular emergencia sustentando ante el Ente de Control toda la información proporcionada por el propio Contratista y la Supervisión*”. Por tal motivo la ENTIDAD refiere que en este caso no se habría presentado una causalidad adecuada entre su conducta y el supuesto daño alegado.
462. En relación al daño señala que en este caso no existiría un daño cierto y probado por parte del CONSORCIO. Al respecto PROVÍAS señala que el hecho que la CONTRALORÍA no haya autorizado parte de los trabajos adicionales en cuestión – puesto que ya habían sido ejecutados – “*no es un hecho GENERADOR de daño, y tampoco atribuible a la Entidad*”.

Resolución del Tribunal.-

A. ¿El Tribunal es competente para pronunciarse respecto a una pretensión de indemnización por responsabilidad contractual?

463. Como se ha señalado en el parte resolutiva de la Tercera Pretensión Principal de este Laudo, la cual fue declarada Infundada, este Tribunal no tiene la potestad para ordenar, en ejecución contractual, el pago de los montos no aprobados por la CONTRALORÍA. Lo contrario implicaría una revisión de sus decisiones, lo cual no puede ser materia de este arbitraje.
464. Sin embargo, el presente punto controvertido tiene por finalidad el análisis de una materia distinta a la de la Tercera Pretensión Principal, esto es identificar si existe o no un daño ocasionado por PROVÍAS que debe ser indemnizado, como consecuencia de un supuesto actuar poco diligente, en incumplimiento de su deber de ejecutar el CONTRATO conforme al principio de buena fe.
465. Como se ha visto, el CONSORCIO ha solicitado una indemnización por los “*daños irrogados como consecuencia de los incumplimientos de la Demandada y/o del ejercicio abusivo de sus derechos y/o de su conducta negligente en la ejecución del Contrato de Obra (...)*”.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

466. En esa línea, este Tribunal no se pronunciará respecto a la validez, nulidad o pertinencia de las decisiones emitidas por la CONTRALORÍA. Por el contrario, el análisis se limitará a la conducta desarrollada por PROVÍAS en cumplimiento o no de las obligaciones derivadas del CONTRATO y en esa medida determinar si dicha conducta implicó o no un incumplimiento contractual y por tanto si se ha generado o no un derecho del CONSORCIO a ser indemnizado.
467. Ello puesto que, como señala DE TRAZEGNIES, “*indemnizar significa hacer lo necesario para que aquél que fue dañado quede como si hubiera sido indemne, es decir, no dañado. Por tanto, indemnizar no quiere decir pagar suma de dinero sino simplemente reparar, cualquiera que sea la forma que adquiera la reparación*”⁹⁴.
468. Por ello, en este punto, el Tribunal limitará su análisis a las acciones, decisiones y pronunciamientos de PROVÍAS respecto de sus obligaciones contractuales y, en caso se haya configurado un daño imputable a dicha ENTIDAD que afecte al CONSORCIO, se deberá cuantificar el efectivo daño producido.
469. A ello debemos agregar que las controversias relativas a las solicitudes de indemnización por supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales sí son arbitrales. Ello es así en la medida que las partes tienen libre disposición sobre ellas. En efecto, el Tribunal considera que el sentido del convenio arbitral⁹⁵ como del artículo 187º del Reglamento⁹⁶

⁹⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Para leer el Código Civil. La responsabilidad extracontractual. Volumen IV. Tomo II. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.1988. Página 115.

⁹⁵ “13.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.”

(...)

13.3 El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral según lo dispuesto en el artículo 189º del Reglamento. Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE y de acuerdo con su Reglamento. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o ante la rebeldía de una de las partes al cumplir dicha designación, la misma será efectuada por el CONSUCODE”.

⁹⁶ “Artículo 187.- Cláusula Arbitral.- La proforma del contrato y el contrato contendrán por escrito una cláusula de solución de controversias, en virtud de la cual toda controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje de derecho. Dicha cláusula podrá tener el siguiente texto:

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

admite tratar a la indemnización como materia arbitrable, puesto que dicha indemnización se deriva del supuesto incumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas.

470. Sobre el particular es necesario recordar que en la Audiencia de Informes Orales del 11 de enero de 2012, PROVÍAS sustentó que el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre la Tercera Pretensión Principal y sus subordinadas, puesto que los pronunciamientos de la CONTRALORÍA respecto a presupuestos adicionales no son materia arbitrable. En ese sentido argumentó que la Corte Suprema habría confirmado la excepción planteada a través de la antes referida Casación No. 5114-2009
471. Sin embargo, el Tribunal considera que la referida Casación se refiere a una materia distinta a la analizada en este extremo y, por tanto, no se ha pronunciado respecto a alguna norma que cuestione el sentido de la presente pretensión.
472. En efecto, la Casación No. 5114-2009 antes referida, fue emitida en el proceso Casatorio interpuesto por el Consorcio Cosapi Translei (en adelante, COSAPI) contra la Resolución No. 12 del Expediente 1113-2008 de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, que anuló el Laudo Arbitral del 14 de mayo de 2008. En dicha Casación, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

"DÉCIMO SEGUNDO.- Que, finalmente en relación a la denuncia propuesta en el apartado vi), si bien acorde a lo previsto por el artículo 186 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo número 013-2001-OCM el arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación, también lo es que no resulta de aplicación al caso de autos por cuanto el pago referido a las obras adicionales no puede ser objeto de controversia en el fuero arbitral por así disponerlo expresamente el artículo 23 de la Ley número 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, cuya autorización se encuentra regulada por la Resolución de Contraloría número



"Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento (...)"



Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

036-2001-CG; fundamentos por los cuales y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos treinta y uno por El Consorcio Cosapi Translei por la causal relativa a la infracción normativa procesal y material (...)"

473. La referida Casación interpreta el literal k del artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría de la República y el numeral 7 del artículo 73° de la LGA, respecto de las pretensiones sometidas a anulación parcial de Laudo⁹⁷. Ello dentro de un proceso en el que el que COSAPI solicitó el pago de "trabajos efectivamente ejecutados y reconocidos pero no pagados por PROVIAS"⁹⁸. En otras palabras, en dicha controversia se discutía pretensiones vinculadas al cumplimiento mismo del contrato.
474. Como vemos, se trata de una Pretensión distinta a la resuelta en este extremo. En dicho Proceso Casatorio se estaba hablando del pago de trabajos ejecutados y reconocidos pero no pagados por PROVIAS en ejecución de su contrato – pretensión similar en realidad a la Tercera

⁹⁷ El numeral 7. del artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece como causal de anulación de laudo lo siguiente:

"Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

(...)

7. La posibilidad del Juez de anular de oficio el laudo, total o parcialmente, en los casos que la materia sometida a decisión de los árbitros no pudiera ser manifiestamente objeto de arbitraje".

⁹⁸ En efecto, el Laudo emitido el 14 de mayo de 2008 en la controversia entre COSAPI y PROVIAS, declaró fundadas, entre otras, las siguientes pretensiones:

"SEXTO: Declarar FUNDADA la quinta pretensión principal de EL CONSORCIO referida a que se declare que PROVIAS adeuda, y por tanto se le ordene pagar a favor de la demandante la suma de S/. 706,520.97 más intereses devengados desde la fecha en que debió abonarse la valorización respectiva por concepto de trabajos efectivamente ejecutados y reconocidos pero no pagados por PROVIAS, vinculados al Presupuesto Adicional N° 13.

SETIMO: Declarar FUNDADA la sexta pretensión principal de EL CONSORCIO, referida a que se declare que PROVIAS adeuda, y por tanto se le ordene pagar a favor de la demandante la suma de S/. 1'089,397.41 más intereses devengados desde la fecha en que debió abonarse la valorización respectiva por concepto de trabajos efectivamente ejecutados y reconocidos pero no pagados por PROVIAS, vinculados al Presupuesto Adicional N° 13.

OCTAVO.- Declarar FUNDADA la séptima pretensión principal de EL CONSORCIO, referida a que se declare que PROVIAS adeuda, y por tanto se le ordene pagar a favor de la demandante la suma de S/. 265,109.02 más intereses devengados desde la fecha en que debió abonarse la valorización respectiva por concepto de trabajos ejecutados de mantenimiento de tránsito desde el 3 de julio de 2004 hasta el 27 de marzo de 2005".

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Pretensión Principal del presente caso, la cual ha sido declarada Infundada. Sin embargo, en este caso, el Tribunal se limitará a determinar si la conducta de PROVIAS ha generado un daño derivado de un incumplimiento contractual y si dicha consecuencia debe o no ser indemnizada por PROVIAS. No estamos aquí frente a pretensiones o reclamos que impliquen el pago por la ejecución de algunas partidas del contrato; estamos aquí frente a pretensiones vinculadas al reclamo de una indemnización por daños derivados de la actuación de PROVIAS durante la ejecución del contrato.

475. Se trata de una Pretensión netamente de responsabilidad contractual ante un alegado incumplimiento del deber de actuar de buena fe de PROVIAS, No del reconocimiento de unos trabajos ejecutados en sí mismos.

476. Por tal motivo, el Tribunal reitera que, a su criterio, lo resuelto a través de la Casación en cuestión no limita el pronunciamiento de este Tribunal en relación a la presente Pretensión. Ello puesto que dicha Casación se pronuncia en relación al pago de trabajos efectivamente ejecutados y reconocidos pero no pagados en ejecución del Contrato. Sin embargo, en este extremo el Tribunal no se referirá al pago de trabajos contractuales ejecutados, sino únicamente a un potencial incumplimiento en la obligación de actuar de buena fe de PROVIAS, hecho distinto al que es materia de la referida Casación. Debemos recordar también que, como lo ha mencionado el CONSORCIO⁹⁹, existen otras sentencias casatorias de la Corte Suprema (825-2006-Lima) que se pronuncian a favor de la arbitrabilidad de pretensiones de naturaleza indemnizatoria.

Por otro lado, en la Audiencia de Informes Orales, PROVIAS señaló que la vía idónea para que el CONSORCIO reclame la presente pretensión sería recurrir a un Proceso Contencioso Administrativo. Sin embargo no especificó si el mismo debía ser planteado en contra de PROVIAS o de la CONTRALORÍA.

477. Al respecto, el Tribunal considera que dicho escenario no puede ser admitido, puesto que de ese modo se desnaturalizaría la relación contractual existente entre el CONSORCIO y la ENTIDAD. En efecto, es PROVIAS quien debe responder por su propia conducta en el ejercicio de las obligaciones derivadas del CONTRATO, obligaciones que a decir del CONSORCIO incluyen la actuación de buena fe que supuestamente consistiría en haber impugnado las resoluciones de la CONTRALORÍA.

478. De lo contrario, de aceptar el argumento de PROVIAS en este extremo, se estaría incurriendo en un abuso de derecho, ya que se le estaría

⁹⁹ Escrito presentado por el CONSORCIO de fecha 10 de febrero del 2012.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

permitiendo a PROVÍAS la posibilidad de no poder determinar las consecuencias de sus supuestos incumplimientos contractuales en la vía arbitral. Sin embargo, es claro que la responsabilidad por un supuesto incumplimiento de PROVÍAS así como la posible indemnización por dicho incumplimiento, sí son materia arbitrable.

479. En efecto, sobre el particular CASTILLO y SABROSO señalan lo siguiente:

"Dadas las complejas y casi infinitas posibilidades de controversia entre las partes, no es razonable, e incluso resultaría casi imposible, que el acuerdo de voluntades incluya, una a una, el detalle de las materias que serán sometidas a arbitraje.

No podemos olvidar que la intención de las partes al pactar el arbitraje es la de evitar acudir al Poder Judicial, por lo que no tendría mucho sentido interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial (cuando no han excluido expresamente algunas materias propias de la etapa de ejecución de contratos)¹⁰⁰.

480. Además el hecho de que el Tribunal se pronuncie respecto a la responsabilidad que la ENTIDAD tiene o no respecto al supuesto incumplimiento alegado por el CONSORCIO, en nada altera o involucra las facultades de la CONTRALORÍA. Se trata de dos entidades autónomas y distintas. La responsabilidad de PROVÍAS no está sujeta a opinión o determinación de la CONTRALORÍA en este extremo.

481. Siendo así, si no se admitiera la competencia del Tribunal para conocer la presente controversia se afectaría el derecho al debido proceso y a la acción que tiene el CONTRATISTA y se configuraría un abuso de derecho.

482. Todo ello, máxime si tenemos en cuenta que en este caso precisamente parte de la discusión planteada por el CONSORCIO tiene que ver con el hecho que fue PROVÍAS quien no impugnó – primero administrativa y luego judicialmente a través del referido proceso contencioso administrativo – las resoluciones de la CONTRALORÍA.

483. Es decir, precisamente parte de la discusión en este caso es si PROVÍAS tenía o no la obligación de impugnar primero ante la propia

¹⁰⁰ CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. Materia Arbitrable en la Contratación Pública. Revisado en [http://www.castillofreyre.com/articulos/148_Materia_arbitrable_en_la_contratacion_publica.pdf] el 06 de febrero de 2012.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

CONTRALORÍA y luego ante el Poder Judicial las decisiones emitidas por la CONTRALORÍA que negaban el pago de los montos solicitados por el CONSORCIO.

484. Por tal motivo y atendiendo a todos los fundamentos expuestos, el Tribunal considera que sí es competente para pronunciarse respecto a la presente Pretensión.

B. La responsabilidad de la ENTIDAD respecto al reconocimiento de los costos de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08

485. Siendo infundada la Tercera Pretensión Principal, corresponde analizar a continuación la Primera Pretensión Subordinada de la Tercera Pretensión Principal, consistente en que se ordene a PROVIAS el pago de una indemnización como consecuencia de los daños irrogados al CONTRATISTA por el incumplimiento de su supuesta obligación de actuar de buena fe al no impugnar las decisiones de la CONTRALORÍA que negaron el reconocimiento total de los costos de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08 que PROVIAS previamente le había ordenado ejecutar.

486. Para determinar si existió un incumplimiento contractual de PROVIAS en este caso, en primer lugar corresponde determinar qué responsabilidades se derivaban del hecho de que legal y contractualmente dicha ENTIDAD – a través de la SUPERVISIÓN – pudiera ordenar al CONTRATISTA la ejecución de obras adicionales antes de su aprobación por parte de la CONTRALORÍA.

487. Como detallaremos más adelante, conforme al CONTRATO, la ENTIDAD y/o LA SUPERVISIÓN tenían la facultad de ordenar la ejecución de adicionales a su sola discreción, cuando se presentaran situaciones de emergencia. Sin embargo, la aprobación para el pago de dichos adicionales era potestad de la CONTRALORÍA, sin embargo ello dependía de las gestiones de la propia ENTIDAD, para lograr dicho pago.

488. En ese sentido, dicho tratamiento legal permitía que se generaran situaciones de divergencia entre lo que la ENTIDAD ordenaba ejecutar y lo que la CONTRALORÍA admitía sea cancelado al CONTRATISTA. Ello es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso. En ese sentido, el Tribunal considera entonces que lo que debe analizarse es quién debe asumir la responsabilidad sobre el monto materia de discrepancia, si la ENTIDAD o el CONSORCIO.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

489. Una correcta interpretación del CONTRATO conlleva a definir que, en principio, en los casos en que los Presupuestos Adicionales acumulados superen el diez por ciento (10 %) del monto del CONTRATO, la ejecución de dichos adicionales y su reconocimiento dependen en última instancia de la autorización de la CONTRALORÍA. Ello conforme lo establece la cláusula 10.2 del CONTRATO, que señala lo siguiente:

"10.2 Los Trabajos Adicionales que superen el 10% del monto total del Contrato Original, luego de ser aprobados por la máxima autoridad administrativa de PROVÍAS NACIONAL, requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, tal como lo disponen los Artículos 159° y 160° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley No. 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en concordancia con la Tercera Disposición Final de la Ley No. 28128, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004, y lo dispuesto en la Quinta Disposición Final de la Ley No. 28411, Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto Público".

490. Sin embargo, conforme a la cláusula séptima del CONTRATO, en situaciones excepcionales, el CONTRATISTA también se encontraba obligado a acatar “de inmediato y sin apelación” los mandatos del SUPERVISOR, quien actúa en representación de la ENTIDAD¹⁰¹. En efecto, dicha cláusula del CONTRATO señala lo siguiente:

"7.3 Si se presentan situaciones excepcionales que en opinión del SUPERVISOR comprometan la seguridad de la vida de personas y de la OBRA, o la propiedad de terceros, el CONTRATISTA, por excepción, acatará de inmediato y sin apelación, disposiciones que el SUPERVISOR dicte, tendientes a mitigar o superar esa contingencia".

¹⁰¹ El artículo 149 del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 149.- Funciones del inspector o del supervisor de obra.-

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontractista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida urgente en la obra. Su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo".

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

491. Si bien la referida cláusula no establece la modalidad de pago de los mandatos realizados por la SUPERVISIÓN en dicho tipo de situaciones excepcionales; el Tribunal considera que dicha obligación debe ser interpretada conforme a las reglas de la Buena Fe que rigen todo contrato, como veremos a continuación.
492. Cabe precisar que en el presente caso sí se encuentra acreditada – y no ha sido materia de cuestionamiento por parte de PROVÍAS – la situación de emergencia que generó la necesidad de realizar los trabajos adicionales en cuestión, relacionados a los Presupuestos Adicionales No. 7 y No. 8. Como se ha señalado, dichos trabajos estuvieron destinados a mitigar y reconstruir los efectos de los eventos extraordinarios producto de las lluvias intensas en la zona en los períodos pertinentes.
493. Más aún, entre octubre de 2006 y marzo de 2007 se dictaron una serie de Decretos de Urgencia (Nos. 025-2006, 003- 2007 y 006-2007) que exoneraban las condiciones y formalidades para la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios, precisamente para atender las consecuencias generadas por dichos eventos.
494. En tal sentido, la existencia de la situación excepcional que impulsó a la SUPERVISIÓN a ordenar la ejecución de los trabajos materia de esta pretensión no es un punto controvertido en el presente arbitraje y por tanto el Tribunal emitirá su decisión tomando dicha situación excepcional como cierta. Ello, como dijimos anteriormente, máxime si no ha sido cuestionada por PROVÍAS en ningún extremo.

Respecto al deber de Buena fe

495. La facultad de la ENTIDAD y de la SUPERVISIÓN de ordenar la ejecución inmediata de adicionales con anterioridad a la aprobación del pago correspondiente a la CONTRALORÍA, debe tener en cuenta el principio de Buena Fe que, a criterio del Tribunal, debe regir tanto la interpretación como la ejecución de toda relación contractual.
496. La aplicación del principio de Buena Fe al presente caso ha sido expresamente alegada por el CONSORCIO en su escrito de Demanda, de la siguiente manera:

"De conformidad con el artículo 1428º del Código Civil, en un contrato con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la parte perjudicada puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

En otras palabras, la ley ha atribuido como conducta antijurídica el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, no sólo de las expresamente previstas sino también de aquéllas que se encuentran tácitamente incorporadas. Dentro de este orden de ideas, no debe soslayarse que el artículo 1362º del Código Civil consagra la buena fe como elemento sustancial en el íter contractual, esto es en la negociación, celebración y ejecución del contrato.

En consecuencia, en caso de producirse una conducta antijurídica (léase incumplimiento contractual), susceptible de causar un daño a su contraparte, la parte perjudicada podrá solicitar la indemnización respectiva".

497. Y más adelante concluye:

"Respecto a lo primero debemos señalar que como señala el artículo 1362º del Código Civil, los contratos deben cumplirse según las reglas de la buena fe, lo cual supone que la ejecución de todo contrato siempre debe darse dentro de los límites objetivos de la lealtad, confianza y equidad.

Es decir, las partes no sólo están obligadas a cumplir con sus obligaciones expresamente asumidas en el documento contractual sino que además deberán comportarse en forma leal y justa durante la ejecución de la relación jurídica originada por el contrato celebrado, pues de lo contrario, se estará vulnerando el principio de buena fe contractual.

(...)

En tal sentido, PROVÍAS tiene diversos deberes de colaboración entre los cuales se encuentra permitir y hacer lo que esté a su alcance para que se efectúe el justo pago a nuestro Consorcio. Esto último implica además que PROVÍAS debió tramitar debidamente los trabajos adicionales, esto es apelar lo dispuesto por la CGR (e incluso eventualmente recurrir a la vía judicial), sin embargo no lo hizo".

498. En esa medida, a fin de analizar si en este caso PROVÍAS habría incumplido su obligación de actuar de buena fe, en este extremo analizaremos lo referido a los deberes de colaboración y buena fe alegados por el CONTRATISTA.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

499. En primer lugar, es necesario señalar que, a criterio de este Tribunal, el deber de actuar de buena fe significa que las partes deben mostrar entre sí una actitud de cooperación, encaminada a que se cumplan las expectativas de ambas.

500. A decir de Betti,¹⁰² “*(...) La buena fe de que se trata aquí (...) es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte*”.

501. En el mismo sentido, Manuel De La Puente¹⁰³ señala que el actuar leal de cada una de las partes debe ir dirigido a que las prestaciones de cargo de una parte resulten lo más beneficiosa posible para la otra:

“Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulte más beneficiosa para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos”.

502. Dicho deber de buena fe en la ejecución de los contratos se encuentra indicado expresamente por el artículo 1362 del Código Civil, de la siguiente manera:

*“Artículo 1362.- Buena Fe
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.*

503. Al respecto, y comentando expresamente el artículo 1362 trascrito, De La Puente¹⁰⁴ señala:

“Se ha visto que la norma en el artículo 1361 del Código Civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, tiene carácter imperativo en virtud de haber sido impuesta por el ordenamiento jurídico. También

¹⁰² BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 78.

¹⁰³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General Tomo I, Lima: Palestra, 2001, p. 378.

¹⁰⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. La Fuerza de la Buena Fe En Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios, p. 283.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

tiene el mismo carácter la exigencia de ejecutar contratos según las reglas de la buena fe, a que se refiere el artículo 1362 del mismo Código, por usar la expresión “deben” en su sentido de estar obligados los contratantes a cumplir un mandato dictado por la ley positiva”.

504. Finalmente, el mismo autor más adelante concluye indicando:

“Tratándose de la institución del contrato, éste constituye un acuerdo de voluntades que obliga a las partes a ejecutar sus respectivas prestaciones de la manera pactada, pero siendo imperativa la norma que establece que los contratos –se entiende todos ellos- deben ejecutarse según las reglas de la buena fe-lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal como si fuera una estipulación del mismo.

Es así como se reconoce que la buena fe, en la ejecución del contrato juega un rol “completivo” (compléttive) –descubierto por DEMOGÉ y popularizado por DE PAGE- en virtud del cual, la lealtad y deber de colaboración acrecientan las obligaciones nacidas del contrato”.

505. Como vemos el deber de actuar y ejecutar los contratos de conformidad a dicho deber fe es una obligación que proviene de la propia ley y consiste en una actitud de cooperación encaminada a cumplir la expectativa de la otra parte. De lo contrario, de no cumplirse dicha obligación y tratándose de una obligación contractual más, estaríamos ante un incumplimiento contractual y por tanto tiene como consecuencia la indemnización respectiva por dicho incumplimiento.

506. En el presente caso, este Tribunal considera que, de conformidad con el principio de buena fe antes referido, era obligación de PROVÍAS impugnar las decisiones de la CONTRALORÍA que denegaron parcialmente los montos ejecutados por el CONSORCIO y previamente ordenados a ejecutar por dicha ENTIDAD.

507. Ello, a fin de cooperar con la expectativa que previamente la propia PROVÍAS había generado en el CONSORCIO, más aún si tenemos en cuenta que se trataba de una discusión entre dos entidades, en donde el CONSORCIO no tenía ninguna participación directa.

508. En esa medida, a criterio de este Tribunal, la obligación legal y contractual de actuar de buena fe obligaba a PROVÍAS a interponer los recursos impugnatorios que fueran necesarios para cambiar las decisiones de la

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

CONTRALORÍA en relación a los Presupuestos Adicionales No. 7 y No. 8 y así colaborar para que las legítimas expectativas del CONTRATISTA fueran protegidos. Máxime, si como dijimos, dichas expectativas fueron generadas por la propia PROVIAS.

509. En esa línea, dicha obligación incluía no sólo la necesidad de reconsiderar e impugnar en sede administrativa las Resoluciones de LA CONTRALORÍA en cuestión, sino también continuar dicha impugnación a través del proceso Contencioso Administrativo respectivo en sede judicial.
510. Es decir, contrariamente a lo sostenido por PROVIAS, la obligación de dicha ENTIDAD en aplicación del principio de buena fe en cuestión, no acababa con la mera reconsideración a la Resolución de la CONTRALORÍA (en el caso del Presupuesto Adicional No. 7) y menos aún con la sola presentación del Expediente respectivo fundamentado (en el caso del Presupuesto Adicional No. 8).
511. Por el contrario, la obligación de PROVIAS incluía impugnar las resoluciones de la CONTRALORÍA hasta las últimas instancias posibles. Ello, evidentemente incluía la posibilidad de llegar a la sede judicial a través del respectivo proceso contencioso administrativo. Todo ello a fin de que cooperar con el pago de los metrados solicitados por el CONSORCIO.
512. Ello más aún si se trataban de Presupuestos Adicionales relacionados a trabajos previamente ordenados por la SUPERVISIÓN y posteriormente aprobados por la propia ENTIDAD, motivo por el cual el CONSORCIO no se encontraba en posibilidad de oponerse a su ejecución, en la medida que se trataba de trabajos de emergencia.
513. En efecto, como ha quedado acreditado, las obras cuyo pago se reclama fueron aprobadas por previamente por la propia PROVIAS mediante Resolución Directoral No. 1330-2007-MTC/20¹⁰⁵ de fecha 18 de abril de 2007 y mediante Resolución Directoral No. 3579-2007-MTC/20¹⁰⁶ de fecha 17 de agosto de 2007 respectivamente. Ello, a criterio del Tribunal, acredita que los trabajos en cuestión no fueron realizados por el CONSORCIO por iniciativa propia sino por el contrario tras un mandato expreso de la propia ENTIDAD.
514. De otro lado, y también contrariamente a lo referido por PROVIAS, dicha obligación debía ser ejecutada por la ENTIDAD contando o no con requerimientos del CONSORCIO en ese sentido. En efecto, tratándose de una obligación contractual – en la medida que el deber de colaboración por

¹⁰⁵ Anexo 1-K de la Demanda.

¹⁰⁶ Anexo 1- Ñ de la Demanda.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

el principio de buena fe se encuentra incluido en el CONTRATO – no era necesario que el CONSORCIO requiriera previamente a PROVÍAS para que realice dichas impugnaciones.

515. Por el contrario, tratándose de una obligación contractual, PROVÍAS debía realizar dichas impugnaciones por iniciativa propia, puesto que era su obligación cooperar con los intereses del CONSORCIO en este extremo – más aún si se trataban de intereses generados por la propia ENTIDAD – y tratar de lograr que la CONTRALORÍA o eventualmente el Poder Judicial ordenen el pago de todos los montos ejecutados por el CONSORCIO en relación a los presentes Presupuestos Adicionales.
516. Ello máxime si tenemos en cuenta que PROVÍAS había mostrado su expreso desacuerdo con el criterio adoptado por la CONTRALORÍA y en esa medida validó en reiteradas ocasiones que los Presupuestos Adicionales No. 07 y No. 08 sí se encontraban debidamente sustentados.
517. En efecto, en relación al Presupuesto Adicional No. 07, mediante Recurso de Reconsideración¹⁰⁷ contra la Resolución Vicecontraloría No. 024-2007-CGR de la CONTRALORÍA de fecha 21 de junio 2007, PROVÍAS señaló expresamente lo siguiente:

“Por los argumentos expuestos en los FUNDAMENTOS DE HECHO, Provías Nacional considera que, con las aclaraciones introducidas y los documentos y sustentos presentados, el Presupuesto Adicional No. 07 se encuentra debidamente sustentado por el monto ascendente S/. 7 710 820.57, incluido IGV, según como se detalla en el Anexo No. 01, por lo que solicitamos reconsiderar la Resolución de Vicecontraloría No. 024-2007-CG en los términos expuestos”.

518. Del mismo modo, en relación al Presupuesto Adicional No. 08, en el Informe No. 379-2007-MTC-20.3.AAR¹⁰⁸ de fecha 14 de agosto de 2007, la Gerencia de Asuntos Legales de PROVÍAS NACIONAL señaló lo siguiente:

“Se considera que habiendo sido sustentado técnicamente, tanto por la supervisión como por el Especialista de Obras, la opinión del Proyectista, Coordinador de Obras, con la conformidad de la Gerencia de Obras y en virtud de la

¹⁰⁷ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

¹⁰⁸ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

Cláusula Décima del Contrato de Ejecución de Obra No. 337-2005-MTC/20, Quinta Disposición Final de la Ley No. 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Numeral 5. Literal a) de la Directiva No. 012-2000-CG/OATJ-PRO, modificada mediante Resolución de Contraloría No. 036-2001-CG del 14.03.2001, resulta procedente el trámite administrativo de aprobación del Presupuesto Adicional No. 08 debiéndose tramitar ante la Contraloría General de la República la correspondiente autorización para la ejecución y pago”.

519. Sobre el particular, en este extremo cabe señalar que la ENTIDAD ha alegado que la no aprobación de los Presupuestos Adicionales Nos. 07 y 08 por parte de la CONTRALORÍA se debió a la falta de cumplimiento de ciertos requisitos formales en su presentación que supuestamente serían imputables al CONTRATISTA.
520. Sin embargo, el Tribunal considera que el deber de buena fe imponía a la ENTIDAD también la obligación de llevar a cabo todas las gestiones que resultaran pertinentes para satisfacer el pago de los Presupuestos Adicionales cuya ejecución hubiere ordenado. Debe tenerse en cuenta que se trataba en este caso de expedientes técnicos que ya habían sido materia de revisión y aprobación por parte de la ENTIDAD.
521. En esa línea, aceptar la posición de PROVIAS implicaría aceptar que la ENTIDAD no verificó debidamente los presupuestos al momento de aprobarlos, lo que implica con mayor razón el incumplimiento del deber de buena fe contractual por haber ordenado la ejecución de Presupuestos Adicionales de Obra que supuestamente no cumplían con los requisitos para ser aprobados por ella y por la CONTRALORÍA.
522. En este orden de ideas, si bien es cierto que según la ley aplicable y el Contrato, recaía bajo la esfera de responsabilidad del CONTRATISTA el presentar ante la ENTIDAD los Expedientes Técnicos de los Presupuestos Adicionales, también es cierto que una vez aprobados por la ENTIDAD es sobre ésta que recae la responsabilidad de presentarlos de manera idónea a la CONTRALORÍA y además perseguir su pago total también de la mejor forma posible.
523. Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que en este caso PROVIAS sí ha incumplido su deber de ejecutar el CONTRATO respetando el principio de buena fe y por el contrario no ha actuado en colaboración con los intereses del CONSORCIO, los cuales además fueron generados por propia orden de PROVIAS. Ello en la medida que PROVIAS no llevó a cabo todas las
- 
- 

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

impugnaciones necesarias contra las Resoluciones de la CONTRALORÍA, todas las cuales afectaban directamente los intereses del CONSORCIO.

C. Análisis de la indemnización por responsabilidad contractual

524. Habiéndose establecido que en el presente caso PROVÍAS ha incumplido su deber contractual de actuar conforme a la buena fe en el presente CONTRATO, a continuación el Tribunal analizará si dicho incumplimiento ha generado un daño al CONTRATISTA que deba ser indemnizado, al habersele privado de la posibilidad de que primero la CONTRALORÍA y luego el Poder Judicial analicen nuevamente la solicitud de pago de los Presupuestos Adicionales en cuestión

a. Hecho Antijurídico

525. El Tribunal considera que, teniendo en cuenta el análisis establecido en el presente punto controvertido, se ha demostrado que el CONTRATISTA ha ejecutado los Presupuestos Adicionales No. 7 y No. 8 por mandato expreso de la ENTIDAD y de la SUPERVISIÓN debido a una situación de emergencia. Asimismo, se ha acreditado que el CONCORCIO no se encontraba en posibilidad de cuestionar dichos trabajos, puesto que contractualmente se encontraba obligado a ejecutar los mismos.

526. Sin embargo, luego de su ejecución, la CONTRALORÍA decidió reconocer únicamente parcialmente los montos solicitados por el CONSORCIO, decisiones que posteriormente no fueron impugnadas correctamente por PROVÍAS, entidad que no interpuso los recursos respectivos de reconsideración o impugnación – o eventualmente el proceso contencioso administrativo – para cuestionar tales decisiones.

527. En ese sentido, el Tribunal considera que el hecho dañoso en el presente caso se encuentra constituido precisamente por dicha actuación de PROVÍAS, en contravención con su obligación de actuar de buena fe. Como ya se ha explicado anteriormente, es dicho incumplimiento el que eliminó la posibilidad del CONSORCIO a obtener un pronunciamiento distinto de la CONTRALORÍA o eventualmente del Poder Judicial que amparase el pago de los montos ejecutados por los Presupuestos Adicionales en cuestión. .

528. Por tal motivo, el hecho antijurídico en este caso corresponde al incumplimiento de PROVÍAS al haber actuado en contra de la buena fe contractual y no interponer todos los recursos idóneos para tratar de

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

conseguir una autorización del pago total de los montos solicitados por el CONSORCIO.

b. Factor de atribución

529. De conformidad con lo establecido en el artículo 1321° del Código Civil quedará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve¹⁰⁹.
530. Adicionalmente, el artículo 1320° del mismo Código establece que actúa con culpa leve quien omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar¹¹⁰. Finalmente, el artículo 1329° establece la presunción de culpa leve del deudor en la inejecución de las obligaciones¹¹¹.
531. Sobre el particular, OSTERLING y CASTILLO nos dicen que "*la culpa inexcusable (...) se conoce también con el nombre de negligencia grave, y consiste en la omisión de algunos o algún deber de diligencia*"¹¹². En otras palabras, culpa inexcusable y negligencia grave son dos expresiones para denominar el mismo concepto jurídico, concepto que hace referencia a actuar en omisión del deber de diligencia esperado según la condición del agente y las circunstancias del caso.
532. En este caso, el Tribunal considera que PROVIAS actuó con culpa leve en la medida que incumplió sus obligaciones, al no actuar conforme a las mismas y accionar los mecanismos legales pertinentes para cuestionar las Resoluciones emitidas por la CONTRALORÍA, las mismas que desestimaban parte de los montos solicitados a favor del CONSORCIO.

¹⁰⁹ "Artículo 1321. Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de obligaciones o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la ejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

¹¹⁰ "Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

¹¹¹ "Artículo 1329.- "Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor".

¹¹² OSTERLING PARODI, y Mario CASTILLO FREYRE: Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores. Lima, 2008, p. 851.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

533. Sobre el particular, el Tribunal considera que nada de lo actuado dentro del proceso ha logrado desvirtuar la presunción de culpa leve establecida por el artículo 1329 del Código Civil que pesa sobre la ENTIDAD.
534. Por el contrario, como hemos visto anteriormente, ha quedado acreditado que PROVÍAS ha incumplido su deber de actuar de buena fe en la ejecución del CONTRATO, en la medida que no impugnó las decisiones en cuestión de la CONTRALORÍA.

c. Nexo causal

535. De conformidad con el Artículo 1321º del Código Civil, PROVÍAS será responsable de los daños producidos al CONSORCIO por la inejecución de sus obligaciones, siempre y cuando éste sea “consecuencia inmediata y directa de tal inejecución” o incumplimiento.
536. En el presente caso, el Tribunal considera que existe un nexo directo entre la conducta de PROVÍAS y el daño que afecta al CONSORCIO. Es precisamente el incumplimiento del actuar en buena fe de dicha ENTIDAD, lo que ha ocasionado que finalmente EL CONSORCIO no se encuentre en la posibilidad de que la CONTRALORÍA o eventualmente el Poder Judicial determinen el pago total de los montos solicitados por los Presupuestos Adicionales en cuestión.
537. Por tal motivo el Tribunal considera que el nexo causal entre la conducta de PROVÍAS y el daño del CONSORCIO – el cual analizaremos a continuación – también se encuentra acreditado.

d. Daño

538. En el presente caso corresponde analizar si existe o no daño conforme a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, que señala lo siguiente:

“Artículo 1321º.- Indemnización por daños y perjuicios

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.”

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

539. Sobre el particular EL CONSORCIO ha sostenido que el daño en este caso vendría referido por la diferencia entre los montos realmente ejecutados en relación a los Presupuestos Adicionales No. 7 y No. 8 menos los montos realmente pagados por PROVÍAS (los cuales se encontraban dentro del margen aprobado por la CONTRALORÍA).

540. Al respecto, en primer lugar debemos señalar que el Informe Pericial del Ingeniero Federico Zambrano ha señalado expresamente que los montos solicitados por el CONSORCIO en la presente pretensión contienen una diferencia con los montos realmente ejecutados, lo que genera una diferencia respecto a los montos adeudados, como veremos a continuación.

541. En relación al Presupuesto Adicional No. 7, EL CONSORCIO ha señalado que el valor de los metrados realmente ejecutados ascendería a la suma de S/. 6'209,567.60 (Seis Millones Doscientos Nueve Mil Quinientos Sesenta y Siete y 60/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV – tal como consta en su Liquidación Final.

542. Sobre dicho monto EL CONSORCIO señala que se le habría pagado únicamente la suma de S/. 4'287,245.73 (Cuatro Millones Doscientos Ochenta y Siete Mil Doscientos Cuarenta y Cinco y 73/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV. En ese sentido existiría una diferencia pendiente de pago ascendente a S/. 1'922,321.86 (Un Millón Novecientos Veintidós Mil Trescientos Veintiuno y 86/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, que correspondería al monto solicitado en este extremo de la Pretensión.

543. Sin embargo, en relación al Presupuesto Adicional No. 7, el Informe Pericial ha encontrado una diferencia negativa, principalmente en los montos realmente ejecutados, que genera a su vez una diferencia respecto a los montos realmente adeudados. En efecto, dicho Informe Pericial ha señalado lo siguiente:

*"En relación al Presupuesto Adicional No. 7.-
a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados correspondientes al Presupuesto Adicional No. 07?
(...)"*

Se efectuó la comparación de las planillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 07 del Contratista y la Entidad, encontrándose incompatibilidad en algunas partidas, lo cual se puede apreciar en el Cuadro Comparativo de Metrados Totales – Presupuesto Adicional No. 07 (Anexo 2.7.1).

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

Con la finalidad de dilucidar la incompatibilidad de metrados en las partidas señaladas, se recurrió al sustento de la planilla de metrados presentada por el Contratista (La Entidad presentó su sustento de manera incompleto), optándose por considerar los metrados sustentados por este en aquellas partidas no concordantes, en los casos que los metrados son compatibles se han mantenido estos, obteniendo así el cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional No. 07 (Anexo 2.7.2)

(...)

Para determinar si los metrados realmente ejecutados fueron correctamente valorizados, debemos tener en cuenta las valorizaciones tramitadas, de las cuales se obtienen los metrados valorizados por cada mes, así tenemos que, el metrado total acumulado a la última Valorización debe ser como máximo el metrado establecido como ejecutable. Al multiplicar el metrado total acumulado por el precio unitario ofertado correspondiente a cada partida y adicionando el porcentaje de gastos generales y utilidad ofertados, tenemos como resultado el monto total valorizado.

(...)

Por lo tanto, en relación a los metrados adicionales realmente ejecutados, corresponde valorizar la suma de 6'757,027.20 con IGV¹¹³.

544. Y más adelante concluye lo siguiente:

"c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVIAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?

De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la liquidación presentada por el Contratista, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 7 asciende a la suma de S/.4'287,245.73 sin IGV, es decir S/.5'101,822.42 con IGV, tal como se puede apreciar en el Anexo 2.7.3

¹¹³ Fójas 025 y 026 del Informe Pericial presentado por el Perito, Ing. Federico Zambrano con fecha 26 de agosto de 2011.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVÍAS al CONSORCIO en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No. 7?

Teniendo en cuenta a los ítems "b" y "c", tenemos que la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el Contratista y el monto pagado por la Entidad, es la siguiente:

- a. Metrados realmente ejecutados Contratista:
S/.6'757,027.20 con IGV.*
- b. Monto pagado a cuenta: S/.5'101,822.42 con IGV.*
- c. Diferencia pendiente de pago: S/.1'655,204.78 con IGV.*

En conclusión, la diferencia que se encuentra pendiente de pago asciende a la suma de S/.1'655,204.78 con IGV¹¹⁴.

545. Como vemos, el perito señala que la diferencia pendiente de pago corresponde a la suma de S/.1'655,204.78 incluido IGV, lo que equivale a una diferencia real pendiente de pago ascendente a la suma de S/.1'390,928.38 sin incluir IGV¹¹⁵.

546. Es dicho monto el que será tomado en cuenta por el Tribunal para el cálculo respectivo del daño en el presente caso, ya que el mismo incluye la revisión detallada de los montos realmente ejecutados, los mismos que diferían de los montos señalados por el CONSORCIO.

547. Ahora bien, en relación al Presupuesto Adicional No. 8 también existe una diferencia entre lo solicitado por el CONSORCIO y lo calculado por el Perito, sin embargo en este caso la diferencia es positiva, tal como veremos a continuación.

548. En efecto, respecto al Presupuesto Adicional No. 8, EL CONSORCIO ha señalado en su Demanda que el valor de los metrados realmente

¹¹⁴ Faja 027 del Informe Pericial presentado por el Perito, Ing. Federico Zambrano con fecha 26 de agosto de 2011.

¹¹⁵ Es importante realizar el cálculo del monto pendiente de pago sin incluir IGV puesto que, como veremos adelante, en este caso tratándose de una indemnización, no corresponde conceder el pago del IGV solicitado por el CONSORCIO.

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

ejecutados ascendería a la suma de S/.73,242.63 (Setenta y Tres Mil Doscientos Cuarenta y Dos y 63/100 Nuevos Soles).

549. Sobre dicho monto el CONSORCIO señala que se le habría pagado únicamente la suma de S/.60,115.22 (Sesenta Mil Ciento Quince y 22/100 Nuevos Soles). En ese sentido existiría una diferencia pendiente de pago ascendente a S/.13,127.41 (Trece Mil Ciento Veintisiete y 41/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV, que corresponde al monto solicitado en este extremo de la Pretensión
550. Sin embargo, en relación al Presupuesto Adicional No. 8, el Informe Pericial ha encontrado una diferencia positiva, principalmente en los montos realmente ejecutados, que genera a su vez una diferencia respecto a los montos solicitados por EL CONSORCIO en este extremo. En efecto, dicho Informe Pericial ha señalado lo siguiente:

"En relación al Presupuesto Adicional No. 8

a. ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el CONSORCIO con cargo al Presupuesto Adicional No. 8?

(...)

Se efectuó la comparación de las planillas de metrados finales del Presupuesto Adicional No. 8 del Contratista y la Entidad, encontrándose incompatibilidad en algunas partidas, lo cual se puede apreciar en el cuadro comparativo de metrados totales-Presupuesto Adicional No. 8 (Anexo 2.8.1).

Con finalidad de dilucidar la incompatibilidad de metrados en las partidas señaladas, se recurrió al sustento de la planilla de metrados presentada por el Contratista (la Entidad presentó su sustento de metrados incompleto), optándose por considerar los metrados sustentados por este en aquellas partidas no concordantes, en los casos que los metrados son compatibles se ha mantenido estos, obteniendo así el cuadro Recálculo Liquidación Peritaje – Presupuesto Adicional No 8 (Anexo 2.8.2)

(...)

Para determinar si los metrados realmente ejecutados fueron correctamente valorizados, debemos tener en cuenta las valorizaciones tramitadas, de las cuales se obtienen los metrados valorizados por cada mes, así tenemos que, el metrado total acumulado a la última Valorización debe ser como máximo el metrado establecido como ejecutable. Al multiplicar el metrado total acumulado por el precio unitario ofertado correspondiente a cada partida y adicionando el

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

porcentaje de gastos generales y utilidad ofertados, tenemos como resultado el monto total valorizado.

(...)

Por lo tanto, en relación a los metrados adicionales realmente ejecutados, corresponde valorizar la suma de S/.378,438.00 con IGV"

551. Y más adelante concluye:

"c. Teniendo en cuenta dichos metrados ejecutados, ¿a cuánto ascienden los montos pagados a cuenta por PROVÍAS al CONSORCIO por concepto de los referidos metrados ejecutados?

De acuerdo a las facturas y comprobantes de pago adjuntos a la liquidación presentada por el Contratista, el monto contractual pagado correspondiente al Presupuesto Adicional No. 8 asciende a la suma de S/.60,115.22 sin IGV, es decir S/.71,537.11 con IGV, tal como se puede apreciar en el Anexo 2.8.3.

d. Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas "b" y "c" precedentes, ¿cuál es la diferencia que se encontraría pendiente de pago por PROVÍAS al CONSORCIO en relación a los trabajos ejecutados con cargo al Presupuesto Adicional No.

Teniendo en cuenta las respuestas a los ítems "b" y "c", tenemos que la diferencia entre el monto contractual realmente ejecutado por el Contratista y el monto pagado por la Entidad, es la siguiente:

*- Metrado realmente ejecutado Contratista
S/.378,438.00 con IGV*

*- Monto pagado a cuenta
S/. 71,537.11 con IGV*

*- Diferencia pendiente de pago:
S/.306,900.89 con IGV.*

En conclusión, la diferencia que se encuentra pendiente de pago asciende a la suma de S/.306,900.89 con IGV".

552. Como vemos, el perito señala que la diferencia pendiente de pago corresponde a la suma de S/.306,900.89 incluido IGV, lo que equivale a

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

una diferencia real de pago ascendente a la suma de S/. 257,899.90 sin incluir IGV pendiente realmente de pago¹¹⁶.

553. Sin embargo, como vimos anteriormente, el CONSORCIO ha señalado que únicamente existe una diferencia de pago en relación al presente Presupuesto Adicional No. 8 de S/.13,127.41, sin incluir IGV. Si bien, según lo establecido en la Pericia, la diferencia real pendiente de pago sería mayor que la solicitada por el CONSORCIO, el Tribunal únicamente atenderá a la diferencia establecida por este último en su Demanda para el cálculo del daño en cuestión, puesto que corresponde al monto materia de esta pretensión.
554. De lo contrario, si el Tribunal tomara como referencia el monto establecido en la Pericia estaría emitiendo un Laudo extra-petita, es decir estaría calculando el daño sobre la base de un monto no demandado. Ello además perjudicaría el derecho de defensa de PROVÍAS quien, al no haber sido demandada por dicho monto, no ha tenido oportunidad de contradecirlo¹¹⁷.
555. En el presente caso hemos señalado que la obligación de PROVÍAS referida a actuar bajo el principio de buena fe se refería a reconsiderar y eventualmente impugnar ante el Poder Judicial las cuestionadas Resoluciones emitidas por la CONTRALORÍA.
556. En ese sentido, a criterio del Tribunal, el daño en este caso no está dado por la totalidad de los montos supuestamente pendientes de pago a favor del CONSORCIO, sino por el contrario, el daño consiste en la imposibilidad que se le generó al CONSORCIO de saber si es que eventualmente la CONTRALORÍA o el Poder Judicial le hubiesen concedido o no todos los montos solicitados.

¹¹⁶ Es importante realizar el cálculo del monto pendiente de pago sin incluir IGV puesto que, como veremos adelante, en este caso tratándose de una indemnización, no corresponde conceder el pago del IGV solicitado por EL CONSORCIO.

¹¹⁷ Sobre el particular cabe resaltar que el propio CONSORCIO ha reconocido la referida diferencia positiva, indicando únicamente que será el Tribunal quien determinará cuál es el monto que realmente le corresponde. En efecto, en su escrito de fecha 22 de noviembre de 2011, mediante el cual se pronuncia respecto a las observaciones a la Pericia formuladas por PROVÍAS, EL CONSORCIO señaló lo siguiente:

"12. Al respecto indicamos que el Perito únicamente se remitió a contestar las preguntas formuladas por el Tribunal que consistieron en: ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el Consorcio, con cargo al Presupuesto Adicional No 07? y, ¿A cuánto ascienden los metrados realmente ejecutados por el Consorcio, con cargo al Presupuesto Adicional No 08? Y la respuesta bien puede consistir en un monto superior, sin que ello constituya una inconsistencia, pues será el Tribunal quien determine cuál es el monto que corresponde a PROVÍAS pagar por tales conceptos".

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

557. Ello es lo que en doctrina se conoce como “pérdida de la chance” y que no es otra cosa que aquella situación en la que el daño es la pérdida de oportunidades de obtener un resultado favorable. Dicha doctrina es explicada detalladamente por DE TRAZEGNIES de la siguiente manera:

*“La indemnización por pérdida de chance.-
Esta indemnización intenta reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad – todavía no era un certidumbre – de obtener una cierta ventaja patrimonial”¹¹⁸.*

558. Más adelante, el propio DE TRAZEGNIES comenta un ejemplo al respecto:

“Imaginemos ahora que Trasus no sea propietario de un taxi sino de un caballo de carrera, favorito en un clásico, que no llega al hipódromo porque resulta lesionado al sufrir un accidente el vehículo que lo conducía. Trasus pierde no sólo el importe de las curaciones de su caballo sino también la posibilidad de ganar el clásico. Este es un ejemplo frecuentemente citado por la doctrina para ilustrar la pérdida de la chance u oportunidad. Aquí no era seguro que ese caballo ganaría el premio; una carrera siempre es un concurso que, por definición, implica resultados inciertos. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido el chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla”¹¹⁹.

559. Finalmente, señala que “existe fundamento suficiente para que la pérdida de chance sea indemnizada. Pero tratándose de un hecho presente y no de un lucro cesante referido a una ganancia eventual, el resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras con causas necesarias para producir la ventaja o ganancia”¹²⁰.

¹¹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV – Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7º Edición. Segunda reimpresión. Setiembre de 2005, p. 46

¹¹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV – Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7º Edición. Segunda reimpresión. Setiembre de 2005, p. 47

¹²⁰ Ibid. P. 49.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

560. Así, al igual que no entregar un caballo de carrera oportunamente puede derivar en que este no compita y pierda únicamente la posibilidad de un premio – mas no el premio en sí mismo – lo mismo sucede en el presente caso.
561. Como resulta evidente, en el ejemplo del caballo de carrera, no sería correcto conceder como daño el monto íntegro del premio porque significaría asumir que el caballo iba a ganar de todas maneras. De la misma forma, no sería correcto tampoco otorgar el monto total de lo ejecutado o demandado por EL CONSORCIO, porque significaría asumir que definitivamente LA CONTRALORÍA o en su defecto el Poder Judicial le hubieran concedido el 100% de lo solicitado y ordenado por PROVÍAS, lo que constituiría una afirmación arbitraria.
562. Teniendo en cuenta ello, en el presente caso no debe asignarse el íntegro de lo que hubiera obtenido el CONSORCIO de haber tenido éxito total los recursos de reconsideración o apelación o el subsiguiente proceso contencioso administrativo. Por el contrario, únicamente corresponde concederle la parte proporcional a las posibilidades estimadas de éxito que, como detallaremos más adelante, este Tribunal considera que eran bastante altas.
563. En ese sentido, se deberá multiplicar el monto total de lo ejecutado y adeudado (en el caso del Presupuesto Adicional No. 7 según lo establecido en la Pericia) o el monto total de lo demandado (en el caso del Presupuesto Adicional No. 8 según lo establecido en la Demanda del CONSORCIO) por la posibilidad estimada de éxito que se determine, a fin de poder obtener el daño correcto en este caso.
564. En ese orden de ideas, y a efectos de poder determinar el porcentaje de probabilidades de éxito en las eventuales reconsideraciones o impugnaciones o en los eventuales procesos contenciosos administrativos que debió iniciar PROVÍAS, el Tribunal Arbitral considera pertinente recurrir a la facultad establecida en el artículo 1332 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente:

“Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

565. Al respecto debemos indicar que el Tribunal considera que la aplicación del referido artículo resulta válida para hacer una valoración equitativa de lo pretendido por el CONSORCIO, toda vez que la existencia del daño no se discute, sino sólo su verdadero monto.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

566. En el presente caso, dado que se va a establecer un monto indemnizatorio a favor de el CONSORCIO en virtud a un criterio de equidad, el Tribunal no puede llegar a un monto mínimo o reducido así como tampoco a una cantidad excesiva, sino más bien a una indemnización justa que no genere un sacrificio económico ni para el agente dañado ni para el agente lesionante.
567. Es así que, debiendo el Tribunal Arbitral declarar fundada esta pretensión – dado que se ha acreditado la presencia de todos los elementos de la responsabilidad contractual – se encuentra obligado a establecer la cuantía de aquello que PROVÍAS debe pagar al CONTRATISTA. Ello, como hemos dicho, viene representado por un porcentaje del total del monto ejecutado y adeudado (para el Presupuesto Adicional No 7) más un porcentaje del monto total demandado (para el Presupuesto Adicional No. 8), porcentaje que equivale a las probabilidades de éxito que hubieran tenido los recursos que debió interponer PROVÍAS.
568. Ahora bien, lo que debe quedar claro en este extremo, es que no se tiene un elemento absolutamente objetivo en el cual basarse a efectos de ordenar el pago en cuestión, pues resulta evidente que si el tema hubiese sido absolutamente probado, simplemente no se tendría que recurrir al artículo 1332 del Código Civil sino únicamente a las pruebas aportadas dentro del proceso.
569. Sin embargo, en este caso las pruebas aportadas no pueden generar convicción en el Tribunal respecto al monto del daño en cuestión, porque ninguna de ellas puede predecir el futuro respecto a la probabilidad de éxito que hubieran tenido los recursos que debió interponer PROVÍAS.
570. Ante tales circunstancias y habiéndose demostrado la existencia del daño, el Tribunal Arbitral deberá actuar con criterio de equidad, dentro de los límites de la pretensión de el CONSORCIO.
571. Asimismo, se debe precisar que no se puede hacer una aplicación absolutamente libre del artículo 1332 del Código Civil, por el simple hecho de que no se está juzgando en abstracto. Por el contrario, se juzga un caso en concreto, enmarcado dentro de un proceso en el cual se han presentado una serie de medios probatorios, cuyo valor el Tribunal Arbitral ha ponderado y evaluado.
572. De ahí que, si bien es cierto que la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, implica necesariamente recurrir a criterios de orden subjetivo, esos criterios tendrán que ser aplicados dentro de lo que significa el conjunto de medios probatorios aportados por las partes en lo que se refiere a esta pretensión.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

573. Teniendo en cuenta ello, en el presente caso se tiene que, de un análisis objetivo y conjunto de los medios probatorios, este Tribunal considera que de haber ejecutado PROVÍAS los remedios procesales pertinentes, hubiera tenido una posibilidad de éxito bastante alta.
574. Ello es así dado que los trabajos adicionales materia de esta pretensión correspondieron a trabajos de emergencia ejecutados por el CONTRATISTA por orden directa tanto de la SUPERVISIÓN como del propio PROVÍAS.
575. Por ejemplo, en relación al Presupuesto Adicional No. 7, recordemos que mediante carta No. 290-2006-MTC/20.5¹²¹ de fecha 07 de marzo de 2006, la ENTIDAD indicó al SUPERVISOR que aquellos derrumbes efectivamente ocurridos en la carretera debían ser pagados con la partida de remoción de derrumbes, con metrados del proyecto, y en caso existan metrados adicionales debían ser tratados como Presupuestos Adicionales.
576. Teniendo en cuenta ello, el Presupuesto Adicional No. 07 incluyó las siguientes partidas contractuales: (i) Movimiento de Tierras; (ii) Obras de arte y drenaje; (iii) Medio ambiente; y (iv) Transportes. Adicionalmente a ello se incluyó una nueva partida denominada "Apoyo en Situación de Emergencia", que consistía básicamente en las siguientes obras: (i) Limpieza de derrumbes para dar transitabilidad; (ii) atención especial al siniestro ocurrido en el Sector de Mesapata; y (iii) Mantenimiento de vías alternas.
577. En atención a todo ello, mediante Carta No. 137-2007/CSVPO-JS¹²² de fecha 20 de marzo de 2007, el SUPERVISOR remitió a PROVÍAS para su aprobación el Presupuesto Adicional No. 7 en cuestión, que incluía los trabajos generados por situaciones de emergencia y otros que suponían mayores metrados, por un monto total de S/. 8'348,651.26 (Ocho Millones Trescientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 26/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
578. Ante ello, mediante Resolución Directoral No. 1330-2007-MTC/20¹²³ de fecha 18 de abril de 2007, PROVÍAS aprobó el Presupuesto Adicional N° 07 por el concepto de "*mayores metrados en movimiento de tierras, obras de arte y drenaje, gaviones, medio ambiente y transportes y mayores metrados en partida nueva: Apoyo en situación de emergencia*", el mismo

¹²¹ Documento presentado por PROVÍAS mediante escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

¹²² Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

¹²³ Anexo 1-K de la Demanda.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

que ascendió a la suma de S/. 8'348,651.26 (Ocho Millones Trescientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 26/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

579. Ello, a criterio del Tribunal, demuestra que luego del respectivo análisis realizado por PROVÍAS, dicha ENTIDAD se encontraba conforme con la ejecución de todos los trabajos relacionados al presente Presupuesto Adicional No. 7, motivo por el cual dichos trabajos estuvieron correctamente ejecutados.
580. Lo mismo sucedió respecto al Presupuesto Adicional No. 8. Como se recordará, mediante carta No. 353-2007/CSVPO-JS¹²⁴ de fecha 19 de julio de 2007, la SUPERVISIÓN remitió a PROVÍAS para su aprobación el Presupuesto Adicional No. 08 en cuestión, por el concepto de mayores metrados por derrumbes originados por las constantes e intensas lluvias.
581. Ante ello, mediante Resolución Directoral No. 3579-2007-MTC/20¹²⁵ de fecha 17 de agosto de 2007, PROVÍAS aprobó el Presupuesto Adicional No. 08 por un monto total de S/. 378,438.00 (Trescientos Setenta y Ocho Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho y 00/100 Nuevos Soles) incluido IGV.
582. Ello nuevamente acredita que luego del respectivo análisis realizado por PROVÍAS, dicha ENTIDAD se encontraba conforme con la ejecución de todos los trabajos adicionales relacionados al presente Presupuesto Adicional No. 8, motivo por el cual dichos trabajos estuvieron correctamente ejecutados.
583. A ello debemos agregar que, como vimos anteriormente, en este tipo de trabajos EL CONSORCIO no podía negarse a su ejecución y por el contrario tenía que acatarlos “de inmediato y sin apelación”. En efecto, la Cláusula Séptima del CONTRATO establece expresamente que:

“7.3 Si se presentan situaciones excepcionales que en opinión del SUPERVISOR comprometan la seguridad de la vida de personas y de la OBRA, o la propiedad de terceros, el CONTRATISTA, por excepción, acatará de inmediato y sin apelación, disposiciones que el SUPERVISOR dicte, tendientes a mitigar o superar esa contingencia”.

584. Por todo lo anterior, el Tribunal considera que tanto los trámites y órdenes previas realizadas por el SUPERVISOR y PROVÍAS, como la obligación

¹²⁴ Documento presentado por PROVÍAS a través del Escrito No. 07 de fecha 17 de junio de 2010.

¹²⁵ Anexo 1- Ñ de la Demanda.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

contractual establecida en la cláusula citada, dan cuenta de que en el presente caso existían elementos suficientes para afirmar que los Presupuestos Adicionales No. 7 y 8 estuvieron correctamente aprobados y ejecutados.

585. Este Tribunal considera que existía una probabilidad alta de que PROVÍAS logre un resultado favorable, principalmente en sede Judicial a través de un proceso contencioso administrativo. Ello por tratarse de una instancia distinta, pues no cabe sino presumir que el Poder Judicial actuaría con criterio de razonabilidad y ajustándose a la naturaleza de las cosas explicadas anteriormente. Esto es, atendiendo a la obligación que tuvo el CONSORCIO de ejecutar los trabajos adicionales en cuestión sin cuestionamiento alguno.
586. En esa medida, este Tribunal considera que el resultado del proceso de impugnación de la decisión de CONTRALORÍA hubiera sido favorable a los intereses del CONSORCIO. Ello puesto que el CONSORCIO sí ha ejecutado los Adicionales en buena fe y en cumplimiento de lo que el CONTRATO establece ante una situación de emergencia.
587. Por todo lo anterior, y de conformidad con las facultades establecidas en el artículo 1332 del Código Civil, este Tribunal estima que – teniendo en cuenta un orden de probabilidades de éxito bastante alto en un eventual proceso contencioso administrativo – PROVÍAS debe pagar al CONTRATISTA el 90% del monto adeudado respecto a los metrados realmente ejecutados del Presupuesto Adicional No. 7 y No. 8.
588. Así, en el caso del Presupuesto Adicional No. 7, como vimos anteriormente, el monto adeudado respecto de los metrados realmente ejecutados equivale a la suma de S/.1'390,928.38 sin incluir IGV. En esa medida, corresponde que PROVÍAS pague al CONSORCIO el 90% de dicha suma, lo que equivale a un monto de S/. 1'252,835.20 (Un Millón Doscientos Cincuenta y Dos Mil Ochocientos Treinta y Cinco y 20/100 Nuevos Soles), sin incluir IGV.
589. Por su parte, en el caso del Presupuesto Adicional No. 8, como vimos anteriormente, de acuerdo con la Pericia, el monto adeudado respecto de los metrados realmente ejecutados equivale a la suma de S/. 257,899.90 (Doscientos Cincuenta y Siete Mil Ochocientos Noventa y Nueve y 90/100 Nuevos Soles) sin incluir IGV. En esa medida, correspondería que PROVÍAS pague al CONSORCIO el 90% de dicha suma. No obstante ello, tomando en cuenta que el CONSORCIO ha limitado su pretensión en este

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

extremo al monto de S/. 13,127.41 sin incluir IGV¹²⁶ suma inferior al previamente mencionado, corresponde reconocer este último monto como compensación por este extremo.

590. En esa medida, PROVÍAS se encuentra obligada a pagar al CONSORCIO, a manera de indemnización, la suma de dichos conceptos, lo que equivale al monto total de S/. 1'265,962.60 (Un Millón Doscientos Sesenta y Cinco Mil Novecientos Sesenta y Dos y 60/100 Nuevos Soles), sin incluir IGV.

e. Conclusión de este extremo

591. Teniendo en cuenta todo lo anterior y habiéndose acreditado la existencia de todos los elementos de la responsabilidad contractual de PROVÍAS en este caso, el Tribunal considera que dicha ENTIDAD se encuentra obligada a pagar al CONSORCIO la suma total de S/. 1'265,962.60 (Un Millón Doscientos Sesenta y Cinco Mil Novecientos Sesenta y Dos y 60/100 Nuevos Soles), sin incluir IGV, por concepto de indemnización.
592. En esa medida, únicamente se encuentra pendiente de pronunciamiento lo relativo a la solicitud del pago de IGV e intereses en el presente caso, lo cual se realizará a continuación.

D. Pronunciamiento respecto al IGV solicitado.

593. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Texto Único de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, aprobado por Decreto Supremo No. 055-99-EF, se encuentran afectas al Impuesto General a las Ventas (IGV), las siguientes operaciones:

"Artículo 1.- Operaciones.-

El Impuesto General a las Ventas grava las siguientes operaciones:

a) La venta en el país de bienes muebles;

¹²⁶ Escrito del CONSORCIO de fecha 06 de mayo de 2008. En dicho escrito se señaló lo siguiente con respecto al Presupuesto Adicional No. 8: "Finalmente, es preciso señalar que se ejecutaron trabajos por un valor de S/. 73,242.63, sin embargo únicamente se pagó la suma de S/. 60,115.22, EXISTIENDO POR TANTO UN DIFERENCIAL ASCENDENTE A S/ 13,127.41 (sin incluir IGV)." Cabe destacarse que con posterioridad a la presentación del escrito de fecha 21 de junio del 2010, mediante el cual se amplió el monto de la pretensión asociada al presente punto controvertido (el mismo que fue incrementado a S/ 2,303,184 y 64/100 Nuevos Soles), el CONSORCIO reiteró que su reclamo por el extremo referido al Presupuesto Adicional No. 8 se limitaba al mencionado en su escrito de demanda. Esto queda corroborado con el escrito de fecha 19 de julio del 2010, mediante el cual adjunta las presentaciones de las audiencias técnicas de fechas 21 de junio y 5 de julio del 2010.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

- b) La prestación o utilización de servicios en el país;
- c) Los contratos de construcción;
- d) La primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos.
- (...)
- e) La importación de bienes".

594. Al respecto, resulta necesario señalar que, de acuerdo a lo indicado en los acápite anteriores, este Tribunal considera que los montos que PROVÍAS debe pagar al CONSORCIO corresponden a una indemnización o compensación que aquella debe asumir en favor de ésta última, dado que incumplió su obligación de actuar en buena fe e impugnar y eventualmente recurrir ante el Poder Judicial las resoluciones emitidas por LA CONTRALORÍA.

595. Es decir, los montos que este Tribunal ha ordenado que PROVÍAS pague al CONSORCIO no corresponden propiamente al pago de una contraprestación por los servicios de este último ni tampoco a la venta de algún producto, puesto que no se condicen con la identidad de dichas operaciones.

596. Por tal motivo al tratarse de un monto indemnizatorio no se encuentra gravado con el impuesto en cuestión. Este criterio ha sido confirmado por la propia SUNAT, que mediante Oficio No. 251-96-12.0000¹²⁷, de fecha 15 de Noviembre de 1996, remitido por el Intendente de dicha época –señor Mauricio Muñoz-Najar Bustamante – al Presidente de la Cámara de Comercio de Lima de dicha época, señor Hugo Sologuren, señaló expresamente que los montos indemnizatorios no están sujetos al IGV.

597. En efecto, en dicho oficio, se señaló lo siguiente:

"1. ¿La indemnización que una empresa paga a otra por resolución unilateral del contrato, constituye operación afecta al Impuesto General a las Ventas (IGV)?

La indemnización por resolución unilateral del contrato no está gravada con el IGV.

En efecto, el artículo 1321º del Código Civil precisa que el resarcimiento por la inejecución de las obligaciones (indemnización) comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. En tal sentido, la referida indemnización en sí misma no es una retribución por una venta, servicio o contrato

¹²⁷ Revisado en [<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/1996/oficios/251.htm>] el 01 de marzo de 2012.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

de construcción, sino que se origina en el resarcimiento por la resolución del contrato.

(...)

Por consiguiente, en este caso al no ser el origen de la indemnización una operación, la misma no se encuentra afecta al IGV".

598. Por ello considerando que los costos concedidos a favor del CONSORCIO no forman parte de la contraprestación, sino más bien corresponden a una indemnización concedida por el Tribunal, éste considera NO corresponde ordenar a PROVÍAS el pago del IGV solicitado por el CONTRATISTA en este extremo.

E. Reconocimiento de los intereses

599. En relación a si corresponde o no el pago de los intereses, en el presente caso claramente nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, mas no compensatorios, pues la indemnización por la que PROVÍAS debe responder proviene de un incumplimiento de dicha ENTIDAD a su obligación de actuar bajo el principio de buena fe. En ese sentido, nos encontramos ante una obligación cuyo monto ha requerido ser determinada por el Tribunal.

600. Se debe tener en cuenta que el reconocimiento del pago por concepto de metrados ejecutados y no valorizados por PROVÍAS, con cargo a los Presupuestos Adicionales Nos. 1, 3, 4, 5 y 6, corresponden a intereses moratorios, mas no compensatorios; de tal forma que, en el presente caso, nos encontramos ante una obligación cuyo monto ha requerido ser determinado por este Tribunal.

601. Para ello el Tribunal se remite al análisis legal de intereses realizado en el Primer extremo de la Primera Pretensión Principal, en el que concluyó que los intereses en este caso se rigen por los artículos 1324, 1333 y 1334 del Código Civil.

602. En esa medida únicamente es necesario recordar que las obligaciones dinerarias devengarán intereses desde la fecha de constitución en mora del deudor, debiendo aplicarse la tasa de interés legal nominal y además que tratándose en este caso de una obligación de dar suma de dinero que ha requerido ser determinada por este Tribunal, los intereses se aplican desde la fecha de la Demanda del CONSORCIO.

603. En ese sentido, siendo que en este caso, como ya dijimos anteriormente, los escritos de demanda y ampliación de la demanda fueron notificadas a PROVÍAS mediante Oficio No. 4202-2008-CONSUCODE-OCA de fecha 04

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

de septiembre de 2008, es desde dicha fecha que corresponde conceder los intereses solicitados, aplicando la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, para el periodo en cuestión.

F. Conclusión.

604. En consecuencia, estando a todos los considerandos expuestos hasta el momento, este Tribunal resuelve Declarar FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal; en consecuencia, SE ORDENA a PROVÍAS pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/.1'265,962.60 (Un Millón Doscientos Sesenta y Cinco Mil Novecientos Sesenta y Dos y 60/100 Nuevos Soles, sin IGV, por concepto de indemnización, más los intereses legales, devengados a partir del 04 de septiembre de 2008.

4.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Tercera Pretensión Principal ni su Primera Pretensión Subordinada, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 2'303,184.64 incluido IGV por concepto de Resarcimiento por el supuesto enriquecimiento sin causa en el que habría incurrido, en relación a las prestaciones de eliminación de derrumbes y excavación en taludes agrietadas, beneficiando a la demandada supuestamente sin causa jurídica que justifique tal beneficio, más los intereses correspondientes.

605. El CONSORCIO ha señalado en su escrito de Demanda que corresponde analizar esta pretensión “en el caso negado que el Tribunal desestime la Tercera Pretensión Principal y su Primera Pretensión Subordinada”.

606. Este Tribunal Arbitral ha declarado fundada en parte la primera pretensión subordinada a la tercera pretensión principal. Por lo cual, CARECE DE OBJETO pronunciarse respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a ésta y a su excepción.

5. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada, corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/.

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

1'933,094.62 incluido IGV¹²⁸, por concepto de costos por reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Posición del CONSORCIO.-

607. A decir del CONSORCIO esta pretensión está referida a derrumbes sucedidos en la misma zona de trabajos de ejecución del Presupuesto Adicional No. 07, por lo que guardan estricta similitud con los de la tercera pretensión. De esta manera, como ya se indicó en la Tercera Pretensión Principal, durante la ejecución de la obra se presentaron lluvias intensas generando significativos daños materiales, entre ellos, una serie de derrumbes en sendos tramos de la obra.
608. En ese sentido, una vez ejecutadas las obras del Presupuesto Adicional No. 07 habrían sucedido severos derrumbes en la zona que ocasionaron nuevamente daños y problemas de transitabilidad, por lo que el SUPERVISOR habría ordenado que se procediera a los trabajos de reconstrucción, a través del Asiento No. 2309¹²⁹ del Cuaderno de Obra de fecha 14 de noviembre de 2007.
609. Teniendo en cuenta ello, las partidas comprendidas en la ejecución de estos mayores metrados son las siguientes:

- (i) Partida 02.00.00 “Movimiento de Tierras”, sub-partidas “Excavación no clasificada para Explanaciones”, “Terraplén”.
- (ii) Partida 03.00.00 “Pavimentos”, su-partidas “Sub-base granular”, “Base granular”, “Imprimación bituminosa”, “Tratamiento Superficial Bi capa”, “Asfalto Líquido RC-250”, “kerosene”.
- (iii) Partida 04.00.00 “Obras de Arte y Drenaje”, subpartidas “Cunetas Revestidas de Concreto”, “Muros”.

¹²⁸ Al respecto cabe precisar que, mediante su escrito de Demanda, el CONSORCIO estableció que el monto materia de la controversia respecto a la Cuarta Pretensión Principal y sus subordinadas ascendía a 2'300,382.59 incluido IGV.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO modificó su Demanda en relación a la presente Pretensión, indicando que el monto demandado en la misma corresponde en realidad a la suma de S/. 1'933,094.62 (Un Millón Novecientos Treinta y Tres Mil Noventa y Cuatro y 62/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

Ante ello, mediante escrito de fecha 19 de julio de 2010 PROVÍAS ha manifestado su posición en relación a dicha ampliación de Demanda, sin que haya manifestado discrepancia respecto a la admisión de la Ampliación de la Demanda en tal extremo.

¹²⁹ Anexo 1-P de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

(iv) Partida 06.00.00 "Medio Ambiente", subpartidas "Acondicionamiento de depósitos de materiales excedentes" y "Revegetalización".

610. Al respecto, el CONSORCIO sostiene que dado que PROVÍAS no ha cumplido con presentar su Liquidación Final fundamentada, es que presume que dicha ENTIDAD pretende desconocer el pago de estas obras.
611. En la misma línea sostiene que en este caso, "*a diferencia del supuesto de la tercera pretensión, no trámitó ningún presupuesto adicional, pese a que conocía de los hechos del caso*" indicando que sería PROVÍAS el obligado a tramitar dichos adicionales.
612. Finalmente, el CONSORCIO señala que "*existieron trabajos de reconstrucción de obras que fueron parte del Presupuesto Adicional No. 7 y al ser ejecutadas debe corresponder una justa compensación económica por éstas*".
613. Sin perjuicio de lo anterior, mediante su escrito Ampliación de Demanda de fecha 21 de junio de 2010, el CONSORCIO ha modificado su pretensión indicando que el monto correspondiente a estos mayores trabajos por reparación no corresponden al monto originalmente demandado, sino ascienden sólo a la suma de S/. 1'933,094.62.
614. Ello se debería a un error en la consignación del monto, dado que el mismo se encuentra establecido de dicha manera en la Liquidación Final del Contratista¹³⁰ de la siguiente manera:

LIQUIDACION FINAL DE CONTRATO DE OBRA N° 337-2005-MTC/20				
9A. OTROS CONCEPTOS	6,114,298.53	0.00	6,114,298.53	
Gastos Generales en Arbitraje				
- Ampliación de Plazo N° 04	840,915.47	0.00	840,915.47	
- Ampliación de Plazo N° 05	153,673.12	0.00	153,673.12	
- Ampliación de Plazo N° 06	0.00	0.00	0.00	
- Ampliación de Plazo N° 07	537,855.92	0.00	537,855.92	
- Ampliación de Plazo N° 16	2,648,759.40	0.00	2,648,759.40	
Costo de Reparación de Daños generados por Derrumbes	1,933,094.62	0.00	1,933,094.62	

Posición de PROVÍAS.-

¹³⁰ Correspondiente al primer cuadro que figura como parte del Anexo 1-D de su Demanda.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

615. En este extremo PROVIAS señala que se remite “*a los argumentos desarrollados al contestar la Tercera Pretensión Principal, y todo el sustento técnico y jurídico desarrollado en la Resolución Directoral No. 1330-2007-MTC/20 y Resolución Directoral 3579-2007-MRC/20*” mediante las cuales se aprobaron los Presupuestos Adicionales No. 07 y No. 08.

616. Finalmente, en el Primer Otrosí Decimos de su escrito de Contestación PROVIAS deduce EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en relación a la presente Pretensión. Al respecto señala que “*no es posible cuestionar en vía arbitral las decisiones de CGR [la CONTRALORÍA] ni sus efectos, por lo cual las pretensiones del Consorcio Destinadas a cuestionar y/o enervar y/o inobservar las decisiones de CGR no pueden ser resueltas ante este Tribunal*”. En esa línea señala que el Tribunal Arbitral no sería competente para resolver una controversia que se deriva de los efectos de lo dispuesto por la CONTRALORÍA.

Resolución del Tribunal.-

A. Excepción de Incompetencia

Cuestión Previa: ¿Corresponde declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por PROVIAS en relación a la presente Pretensión Principal y sus subordinadas?

617. PROVIAS se ha opuesto a la arbitrabilidad de la Cuarta Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO cuestionando la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la misma. Argumenta que “*no es posible cuestionar en vía arbitral las decisiones del CGR [CONTRALORÍA] ni sus efectos, por lo cual las pretensiones del Consorcio destinadas a cuestionar y/o enervar y/o inobservar las decisiones del CGR no pueden ser resueltas ante este Tribunal*”.
618. Como ya indicamos anteriormente, en aplicación del artículo 39 de la LGA¹³¹, este Tribunal es competente para decidir su propia competencia,

¹³¹ “Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la

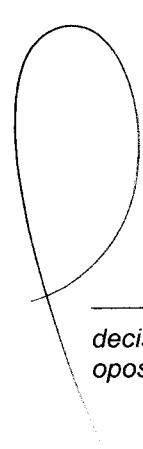
Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

debiendo resolver dicha materia de manera previa a su pronunciamiento. Así, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre este punto controvertido dirigido a determinar si tiene competencia para pronunciarse sobre esta pretensión al versar la misma sobre saldos de presupuestos adicionales no aprobados por la CONTRALORÍA.

619. Para analizar la procedencia de esta oposición, cabe reparar en primer lugar en la naturaleza de la pretensión que solicita el CONSORCIO en este extremo.
620. A criterio del Tribunal, lo que se plantea en esta pretensión ataÑe a la relación contractual establecida entre el CONTRATISTA y PROVIAS, específicamente se refiere a la obligación de pago que tendría PROVIAS, en la medida que el SUPERVISOR ordenó ejecutar una serie de trabajos de reconstrucción de obra con la finalidad de permitir la transitabilidad de la carretera.
621. La materia de la controversia de la presente pretensión no involucra la participación de la CONTRALORÍA, puesto que no se trató ningún presupuesto adicional ni los costos de los trabajos de reconstrucción realizados fueron sometidos a consideración de la CONTRALORÍA.
622. Lo que reclama el CONSORCIO es que, con base a la relación contractual que se generó con PROVIAS y de las órdenes dadas por el SUPERVISOR, la ENTIDAD se encuentra obligada a pagar el total del monto de las partidas ejecutadas por el CONSORCIO.
623. En el presente caso, el Tribunal no revisará ni cuestionará de ningún modo alguna decisión de la CONTRALORÍA, puesto que no intervino – hasta donde tenemos conocimiento- en la aprobación de las partidas que fueron ejecutadas para realizar los trabajos de reconstrucción de la presente Pretensión.
624. El Tribunal analizará la procedencia del pago reclamado, teniendo en cuenta las obligaciones contractuales que se generaron entre las partes. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que se encuentra plenamente facultado para pronunciarse respecto de la presente pretensión. Por tal motivo el Tribunal resuelve declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por PROVIAS contra la Cuarta Pretensión Principal y sus subordinadas.

decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada".



Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

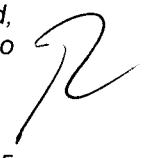
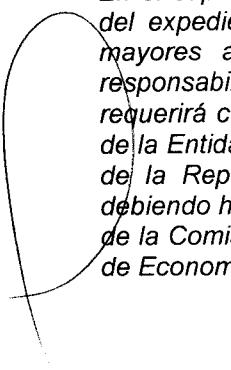
B. ¿Puede el Tribunal ordenar, en ejecución del Contrato, el pago de los montos reclamados por el CONTRATISTA en la presente Pretensión?

625. Siendo infundada la excepción de incompetencia planteada por PROVIAS, a continuación se analizará si corresponde a este Tribunal ordenar a la ENTIDAD que asuma el pago de los costos supuestamente incurridos por el CONTRATISTA por reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, relacionados a la presente Pretensión.
626. En primer lugar, de acuerdo al artículo 42 de la LCAE¹³², el reconocimiento de los trabajos adicionales deben ser tratados como Presupuestos Adicionales
627. Asimismo, el artículo 159 del Reglamento establece claramente que: "Las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República". Tal como sucede en el caso de la presente pretensión.
628. En ese sentido, la cláusula Décima del CONTRATO establece lo siguiente:

"DÉCIMA: DE LAS OBRAS ADICIONALES Y OBRAS NUEVAS

10.1 Sólo procederá la ejecución de trabajos adicionales cuando se cuente previamente con la Resolución de la máxima autoridad administrativa de PROVÍAS NACIONAL y en los casos en que su valor, restándoles los presupuestos

¹³² "La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir obras o servicios hasta por el mismo porcentaje. En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas".



Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

deductivos vinculados, no superen el Diez por ciento (10%) del monto del Contrato Original Reajustado.

10.2 Los Trabajos Adicionales que superen el 10 % del monto total del Contrato Original, luego de ser aprobados por la máxima autoridad administrativa de PROVÍAS NACIONAL, requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, tal como lo disponen los artículos 159° y 160° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley No. 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado , en concordancia con la Tercera Disposición Final de la Ley No. 28128, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2004, y lo establecido por la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto Público antes referido”.

629. Sin embargo, tal como se señaló en el desarrollo de la anterior pretensión, la cláusula 7.3. del CONTRATO establecía la posibilidad de que, en situaciones excepcionales, el SUPERVISOR podía ordenar la ejecución de adicionales. Ello sin perjuicio de los procedimientos de aprobación del presupuesto respectivo ante la ENTIDAD.

“7.3 Si se presentaran situaciones excepcionales que en opinión de el SUPERVISOR comprometan la seguridad de la vida de las personas y de la OBRA, o la propiedad de terceros, el CONTRATISTA, por excepción, acatará de inmediato y sin apelación, disposiciones que el SUPERVISOR dicte, tendientes a mitigar o superar esa contingencia”

630. Por ello, para determinar si la presente pretensión resulta atendible se debe determinar lo siguiente: (i) si existió un orden expresa de la SUPERVISIÓN frente a una situación de emergencia y (ii) si el CONTRATISTA siguió el procedimiento establecido en la norma para la aprobación de un presupuesto adicional.

i. Orden de la SUPERVISIÓN en situación de emergencia

631. El CONTRATISTA reconoce que la SUPERVISIÓN no ha emitido ninguna orden destinada a la ejecución de los adicionales de obra que son materia de controversia en la presente Pretensión.

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

632. En efecto, el Asiento No. 2309¹³³ del Cuaderno de Obra de fecha 14 de noviembre de 2007 señala lo siguiente:

"Se le aclara al Ingeniero residente que las lluvias que hace referencia en los Asientos indicados (Asientos No. 2305 y 2308) no ha afectado a ninguna partida del contrato puesto que han sido concluidas en su oportunidad y es de vuestra responsabilidad las reparaciones o levantamientos de observaciones para la recepción de obra que han sido formuladas, indicadas por este medio y presentadas por la Supervisión en su oportunidad".

Es por ello que en la Audiencia de Informes Orales del 19 de enero de 2012 el CONSORCIO reconoció que las obras en cuestión son posteriores a la situación de emergencia y no se vinculan otra situación de la misma naturaleza.

633. Hay incompatibilidad entonces entre la supuesta aprobación de una orden por parte de la SUPERVISIÓN y los trabajos realizados respecto a los referidos presupuestos.

634. En efecto, los presupuestos D-01 y D-02 se refieren a situaciones y trabajos ejecutados entre octubre de 2006 y abril de 2007. Tales trabajos no han sido reconocidos por los presupuestos adicionales 07 y 08.

- El Presupuesto D-01 (Km. 0+000 – Km. 20+400), que asciende a la suma de S/.1'390,084.27, corresponde a los derrumbes, lluvias y otros sucedidos entre los meses de octubre del 2006 a abril de 2007. La ejecución del Presupuesto se desarrolla en el mes de abril de 2007.
- El Presupuesto D-02 (Km. 20+400 – Km. 44+177), que asciende a la suma de S/.543,010.35, corresponde a los derrumbes, lluvias y otros sucedidos entre los meses de octubre del 2006 a abril de 2007

635. En cambio, el Asiento No. 2309¹³⁴ del Cuaderno de Obra es de fecha 14 de noviembre de 2007. Es decir, es posterior a la ejecución de los trabajos considerados en los presupuestos D-01 y D-02.

¹³³ Anexo 1-P de la Demanda.

¹³⁴ Anexo 1-P de la Demanda.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

636. Siendo ello así, no habría quedado acreditada la existencia de una orden de la SUPERVISIÓN en situación de emergencia que genere los presupuestos que son materia de la presente pretensión.

ii. Procedimiento de aprobación del presupuesto adicional

637. Los presupuestos D-01 y D-02 no fueron tramitados conforme al procedimiento de aprobación de adicionales establecido en la norma y el Contrato.
638. De los medios probatorios que obran en el Expediente arbitral tan sólo se encuentra acreditado que el CONSORCIO ha presentado una carta solicitando la aprobación del Presupuesto D-02 (Km. 20 + 400 – Km. 44 + 177)¹³⁵, ascendente a la suma de S/.543,010.35 incluido IGV.
639. En efecto, mediante Memorándum No. 035/07 de fecha 17 de mayo de 2007, el CONTRATISTA remitió a la SUPERVISIÓN el Presupuesto de Daños Tramo II Km. 20+400 al Km. 44+177, como consecuencia de los derrumbes, lluvias y otros sucesores entre los meses de Octubre a Abril de 2007. Cabe señalar que el CONSORCIO solicitó “*verificar, revisar y aprobar dicho presupuesto*”.
640. Sin embargo, el CONSORCIO no deja constancia de la respuesta emitida por el SUPERVISOR y/o PROVIAS, ni da a conocer si ha hecho uso de los mecanismos legales y contractuales para solicitar sus reclamos..Por el contrario, no hay constancia de que el CONTRATISTA haya remitido a la SUPERVISIÓN o a PROVIAS el “Resumen Metrados Reparación de Daños por Derrumbe y Lluvias” Km. 0+000 – Km. 20+400.
641. Queda claro entonces que el CONSORCIO no ha solicitado formalmente el reconocimiento de los referidos presupuestos ni ha realizado las gestiones necesarias para buscar el amparo de su solicitud.
642. En ese sentido, el Tribunal concluye que no puede ordenarse, vía ejecución del Contrato, el reconocimiento de los costos por reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes, solicitados por el CONTRATISTA.
643. Por tanto se declara INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal del CONTRATISTA.

¹³⁵ Anexo 1-D de la Demanda.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

5.1. PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal, ¿Corresponde ordenar a PROVIAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 1'933,094.62 incluido IGV, por concepto de indemnización por los daños irrogados en relación a los hechos materia de esta pretensión, más los intereses correspondientes?

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

Posición del CONSORCIO.-

644. En este extremo, el CONSORCIO señala que nuevamente se han producido dos hechos dañosos:
- (i) El incumplimiento culposo de los deberes de colaboración por parte de PROVIAS.
645. A decir del CONSORCIO, siendo que las partes deben cumplir los contratos según las reglas de la buena fe y atendiendo al deber de colaboración, en este caso PROVIAS no habría cumplido ello dado que “*ni siquiera trató un Presupuesto Adicional, pese a conocer de la existencia de circunstancias que lo ameritaban*”.
- (ii) El ejercicio abusivo de PROVIAS de los derechos de controlar y supervisar la obra.
646. Al respecto, el CONSORCIO señala que “*constituiría un evidente acto abusivo que a pesar de haberse ordenado la ejecución de trabajos de reconstrucción, se termine no pagando por el valor de aquéllas*”.
647. En esa línea afirman la existencia de abuso de derecho, en tanto que la inacción de PROVIAS al decidir sobre la ejecución o no de los mayores metrados derivados de este adicional le habría causado perjuicios.
648. Al respecto señala que “*al no haber decidido PROVIAS sobre la ejecución o no de los mayores trabajos por reconstrucción, generó que el Contratista se haya visto obligado a decidir si ejecutaba o no los mayores trabajos en aras de mitigar el riesgo que la demora en la decisión por parte de PROVIAS le originaban*”.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

649. En esa línea “*habiendo optado el Contratista por ejecutar los mayores trabajos por reconstrucción, sin reconocérsele su pago, se ha configurado una conducta abusiva de la Entidad, pues ésta se estaría sustrayendo de su pago sustentándose en su propia inacción de supervisar la Obra, pese a que por ley, su inacción igual obligaba al Contratista a hacer algo*”.
650. En relación al factor atributivo, el CONSORCIO señala que las conductas antes mencionadas configuran el supuesto de culpa leve previsto en el artículo 1320° del Código Civil. En ese sentido, siendo que el artículo 1329° del mismo Código prevé una presunción de culpa leve, será PROVÍAS quien deberá demostrar su diligencia.
651. En cuanto al nexo causal, éste estaría dado por la inacción de PROVÍAS que sería la causa directa e inmediata de los daños que se han producido.
652. Finalmente, respecto al daño, estaría “*conformado por el valor monetario de aquello que ha tenido que soportar como consecuencia de la negligencia de la Demandada, esto es por la diferencia entre lo que debió haber recibido desde que se constituyó en mora al deudor hasta la fecha efectiva de pago*”.
653. De otro lado, mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2008 EL CONSORCIO señaló que ampliaba su Demanda en esta Pretensión, para lo cual adjuntó los documentos donde constarían los metrados ejecutados de actividades de reconstrucción, supuestamente aprobados por EL SUPERVISOR. A decir de EL CONTRATISTA, dichos documentos “*acreditan de modo indubitable que el Contratista cumplió con ejecutar los trabajos de reconstrucción y reparación por derrumbes y el valor de su ejecución, cuyo pago solicitamos como cuarta pretensión principal*”.

Posición de PROVÍAS.-

654. Respecto a esta Pretensión PROVÍAS señala que se remiten “*a los argumentos expuestos al contestar la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión puesto que los trabajos de reconstrucción y reparación de daños generados por derrumbes forman parte de los Presupuestos Adicionales No. 7 y 8*”.

Resolución del Tribunal.-

- A. **¿PROVÍAS ha generado al CONSORCIO algún daño, vinculado a los presupuestos D-01 y D-02, que debe ser indemnizado?**

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

655. Corresponde analizar a continuación si se debe ordenar a la ENTIDAD el pago de una indemnización como consecuencia de algún daño irrogado al CONTRATISTA por no haber aprobado los presupuestos D-01 y D-02.
656. El Tribunal considera que no existe responsabilidad por parte de la ENTIDAD en la aprobación de los presupuestos D-01 y D-02.
657. Ello puesto que el CONTRATISTA ha ejecutado obras sin contar con la aprobación de la ENTIDAD o de la SUPERVISIÓN y porque las mismas no se refieren a una situación de emergencia. Además, el CONSORCIO no ha cumplido con tramitar los referidos presupuestos adicionales conforme la norma y el CONTRATO lo señalan.
658. Finalmente, de acuerdo al Contrato, el riesgo de la situación de la obra ha sido asumido por el CONSORCIO.
659. Es más, no hay constancia de que la ENTIDAD haya tomado conocimiento de los referidos presupuestos y la solicitud de aprobación correspondiente.

B. Conclusión

660. En consecuencia, estando a todos los considerandos expuestos hasta el momento, este Tribunal resuelve Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal.

5.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En caso el Tribunal no ampare la Cuarta Pretensión Principal ni su Primera Pretensión Subordinada, ¿corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 1'933,094.62 incluido IGV, en calidad de Resarcimiento por el Enriquecimiento sin causa en que habría incurrido PROVÍAS a costa del CONSORCIO en relación a los hechos de esta Pretensión, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Posición del CONSORCIO.-

661. En este extremo, el CONSORCIO señala que PROVÍAS se habría enriquecido ilegítimamente puesto que no ha pagado el valor real como contraprestación por la obra ejecutada por dicho CONTRATISTA, incrementando de este modo su patrimonio en desmedro del patrimonio

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

del CONSORCIO quien habría recibido menos de lo que le correspondía recibir.

662. En tal sentido, al amparo del artículo 1954° del Código Civil, el CONSORCIO solicita que PROVÍAS le pague el monto demandado en tanto el empobrecimiento de aquel y el enriquecimiento de ésta se debería precisamente a “*la conducta negligente de PROVÍAS consistente en no tramitar diligentemente los Presupuestos Adicionales*”.

Posición de PROVÍAS.-

663. Al respecto, PROVÍAS señala que se remite a los argumentos expuestos al contestar la Segunda Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión, motivo por el cual deducen EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA en los mismos términos.

Resolución del Tribunal.-

664. En el Acta de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 07 de junio de 2010 se estableció lo siguiente:

“El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente Acta y que, si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros expresando las razones de dicha omisión”.

665. En uso de esa potestad, el Tribunal establece que se pronunciará a continuación sobre el fondo de la presente pretensión subordinada.

666. El enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en el artículo 1954° del Código Civil que establece que: “*aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo*”.

667. El Colegiado advierte que la acción por enriquecimiento sin causa es “residual”, esto es, uno de sus presupuestos es la “ausencia de toda otra acción”. Como explica MOSSET ITURRASPE “*el empobrecido, titular de la actio in rem verso, debe carecer de otra acción dirigida a restablecer el equilibrio estático de los patrimonios, nacida de la ley, contrato, acto ilícito,*

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

*gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo de un derecho*¹³⁶.

668. En Doctrina, este carácter se conoce como “subsidiariedad”, que como señala COMPAGNUCCI DE CASO, “afirmar la subsidiariedad de la acción significa que si existe otra vía para reclamar por el empobrecimiento sin razones, se impide ejercer la actio de in rem verso. Es decir, esta pretensión específica no puede venir a suplir a otra acción que esté prescripta, o haber sido rechazada la demanda con una sentencia pasada en cosa juzgada, o bien se encuentre en la imposibilidad de probar la otra acción, etcétera. Por lo tanto, habiendo otra acción –pendiente o fracasada- no es posible promover la derivada del enriquecimiento sin causa”¹³⁷.
669. El Código Civil recoge este requisito en el artículo 1955º, al establecer expresamente que: “La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.
670. Este requisito de admisibilidad tiene por objeto evitar un “fraude a la ley”. Como advierte, MOSSET ITURRASPE, “admitir que se reclame por esta vía aquello que la ley niega por los caminos normales, sería acoger el fraude a la ley”.
671. En el presente caso, el CONSORCIO respecto de este extremo de la controversia ha promovido en su demanda una pretensión de reconocimiento de un monto contractual y una indemnizatoria por responsabilidad contractual; es decir, reconoce que tuvo la posibilidad de ejercer un remedio legal como acción para “restablecer el equilibrio estático de los patrimonios” y mitigar la incidencia económica del no pago de las obras adicionales. Incluso, el CONSORCIO pudo haber promovido una acción derivada de una pretensión por Pago Indebido, pero no optó por esa vía, y optó por el resarcimiento a título de ejecución del Contrato y de responsabilidad contractual.
672. En consecuencia, para el Tribunal no puede admitirse una acción por enriquecimiento sin causa, cuando el Demandante ha tenido otras acciones que el Contrato y la ley le franquea para hacer valer su pretensión indemnizatoria por estos conceptos.

¹³⁶ JORGE MOSSET ITURRASPE: “Contratos”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1998. Página 516.

¹³⁷ RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO: “Manual de Obligaciones”. Astrea. Buenos Aires. 1997. Página 78.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

673. Debemos recordar que en la parte resolutiva de la Cuarta Pretensión Principal se estableció que el CONTRATISTA no solicitó formalmente el reconocimiento de los referidos presupuestos ni realizó las gestiones necesarias para buscar el amparo de su solicitud a través de las vías idóneas.

674. Por lo cual debe declararse IMPROCEDENTE la pretensión de la Demanda planteada por el CONSORCIO en este extremo.

675. Considerando que la Segunda Pretensión Subordinada de la Cuarta Pretensión Principal es improcedente, CARECE DE OBJETO pronunciarse respecto a la excepción planteada por PROVÍAS, toda vez que no existe un derecho a ser analizado o reconocido por el Tribunal.

C. Conclusión

676. En consecuencia, estando a todos los considerandos expuestos hasta el momento, este Tribunal resuelve Declarar IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

6. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

En caso la Cuestión Previa de la Demanda sea denegada ¿corresponde ordenar a PROVIAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 538,961.76 incluido IGV, por concepto de mayores gastos generales supuestamente aún no pagados por PROVIAS, correspondientes a las ampliaciones de plazo concedidas durante la ejecución de la obra, más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Hechos Relevantes relacionados a la Pretensión.-

677. La Buena Pro quedó consentida el 30 de septiembre de 2005 por el monto total de la propuesta económica del CONSORCIO que asciende a la suma de S/.88'065,885.19 (Ochenta y Ocho Millones Sesenta y Cinco Mil Ochocientos Ochenta y Cinco y 19/100 Nuevos Soles), incluido IGV, con precios referidos al mes de junio de 2005. Teniendo en cuenta ello, con fecha 28 de octubre de 2005, el CONSORCIO y PROVIAS celebraron finalmente EL CONTRATO en cuestión.
678. Mediante Resolución Directoral No. 518-006-MTC/20 de fecha 02 de marzo del 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 01, por un total de 11 días.
679. A través de la Resolución Directoral No. 58806-MTC/20 de fecha 13 de marzo de 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 02 por un total de 05 días.
680. Mediante la Resolución Directoral No. 660-2006-MTC/20 de fecha 22 de marzo de 2006 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 03 por un total de 04 días.
681. Mediante Resolución Directoral No. 1122-2006-MTC/20 de fecha 28 de abril de 2006 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 04 por un total de 04 días.
682. Mediante Resolución Directoral No. 3891-2006-MTC/20 de fecha 12 de diciembre de 2006, se aprobó la Ampliación de Plazo No. 11 por un total de 47 días.
683. A través de la Resolución Directoral No. 085-2007-MTC/20 de fecha 18 de enero de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 12, por un plazo de 29 días.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

684. Mediante Resolución Directoral No. 1233-2007-MTC/20 de fecha 30 de marzo de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 15, por un plazo de 33 días.
685. Mediante Resolución Directoral No. 4043-2007-MTC/20 de fecha 07 de setiembre de 2007 se aprobó la Ampliación de Plazo No. 18, por un plazo de 104 días.

Posición del CONSORCIO.-

686. En esta Pretensión, el CONSORCIO refiere que a su criterio la diferencia de los montos entre los gastos generales reconocidos por PROVÍAS y los gastos generales que dicho CONTRATISTA señala que deberían ser pagados, se debería a un diferente criterio legal para efectuar el cálculo de los mismos.
687. A decir del CONSORCIO el problema se centra en la forma de realizar el cómputo de los mayores gastos generales a ser pagados por ampliaciones de plazo otorgadas. Para ello se pregunta si dicho cálculo debe efectuarse teniendo en cuenta el total de los gastos generales de la oferta (es decir gastos generales fijos + gastos generales variables) o sólo sobre la base de los gastos generales variables de la oferta.
688. El propio CONTRATISTA responde indicando que a su criterio, de una interpretación literal del artículo 156° del Reglamento¹³⁸, corresponde efectuar el cálculo sobre la base del total de gastos generales de la oferta, esto es incluyendo los gastos generales fijos y los gastos generales variables. Ello dado que la referida norma *no hace diferencia entre gastos generales variables y gastos generales fijos (como si lo hace por ejemplo la norma en actual vigencia, que NO es aplicable al caso)*.
689. En tal sentido, teniendo en cuenta el gasto general total ofertado en el contrato, el gasto general diario ascendería a la suma de S/.31,496.27

¹³⁸ "Artículo 156.- Efectos de la modificación del plazo contractual en obras.-

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

El gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales del contrato entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste "Ip/lo", en donde "Ip" es el índice de precios (39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que se ejecutan los días de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del presupuesto de referencia (...).

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

(Treinta y Un Mil Cuatrocientos Noventa y Seis y 27/100 Nuevos Soles), de acuerdo al siguiente cálculo:

1. Gastos Generales del Contrato en Nuevos Soles:	12'755,990.92
2. Plazo contractual original en días:	405
3. Gasto General Diario (1/2) en Nuevos Soles:	31,496.27

690. En base a dicho supuesto gasto general diario, el CONTRATISTA efectúa su cálculo de lo que, a su criterio, debió concedérsele como gastos generales relacionados a las Ampliaciones de Plazo No. 01, No. 02, No. 03, No. 04, No. 11, No. 12, No. 15, No. 18, de acuerdo al cuadro siguiente, en el cual también establece los montos que supuestamente habrían sido pagados por la ENTIDAD, restando una suma total de S/.538,961.76 (Quinientos Mil Treinta y Ocho Novecientos Sesenta y Uno y 76/100 Nuevos Soles) que equivale al monto demandado en esta Pretensión:

AMPLIACION	DIAS OTORGADOS	VALORIZACIÓN PRESENTADA (S.)	Recalculado al 1p del mes que se ejecutará la Ampliación (S.)	PAGADO POR LA ENTIDAD (S.)	SALDO POR PAGAR (S.)
01	11	S/. 416,264.81	S/. 416,409.04	S/. 368,237.42	S/. 28,171.62
02	5	S/. 190,246.42	S/. 190,213.85	S/. 177,345.18	S/. 12,868.67
03	4	S/. 152,197.13	S/. 152,171.08	S/. 141,876.14	S/. 10,294.94
04	4	S/. 153,673.12	S/. 152,920.69	S/. 142,575.03	S/. 10,345.66
11	47	S/. 1,793,163.22	S/. 1,793,444.86	S/. 1,672,111.64	S/. 121,333.22
12	29	S/. 1,104,275.60	S/. 1,104,327.26	S/. 1,029,615.41	S/. 74,711.85
15	33	S/. 1,259,002.13	S/. 1,259,121.97	S/. 1,173,937.69	S/. 85,184.28
18	66	S/. 2,573,543.74	S/. 2,594,666.83	S/. 2,398,615.31	S/. 196,051.52
				TOTAL	S/. 538,961.76

691. Finalmente EL CONSORCIO señala que su interpretación es compartida por OSCE y para ello citan la Opinión No. 125-2003-GTN, mediante la cual dicho organismo opina que si la normativa no hace distinción entre los gastos generales fijos y los gastos generales variables, debe entenderse que, legalmente la determinación de los gastos generales incluye ambos componentes.

Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

Posición de PROVIAS.-

692. A decir de la ENTIDAD su opinión es que “en el gasto general diario a ser considerado para el pago de los mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, sólo deben incluirse los variables con el tiempo, puesto que los Gastos Generales Fijos, como su nombre lo indica, son fijos y no se modifica su valor durante el lapso que dure la ejecución de la obra”.

Resolución del Tribunal.-

693. Como se indicó en la parte inicial del presente Laudo, en este extremo, los doctores Rolando Eyzaguirre Maccan y Alejandro Falla Jara han emitido el siguiente pronunciamiento EN MAYORÍA, más adelante se detallará la discrepancia del Dr. Francisco Barrón Velis, quien ha emitido su Voto en Discordia en relación a la presente pretensión.

- A. **Conforme a la normatividad aplicable al CONTRATO, ¿se debe reconocer los gastos generales fijos solicitados por el CONTRATISTA?**

694. El artículo 156 del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 156.- Efectos de la modificación del plazo contractual en obras.-

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

El gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales del contrato entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste “Ip/Io”, en donde “Ip” es el índice de precios (39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que se ejecutan los días de ampliación del plazo contractual, e “Io” es el mismo índice de precios

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

correspondiente al mes del presupuesto de referencia.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los gastos generales se recalcularán conforme a lo establecido en los párrafos precedentes.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad prorrogará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal".

695. Un primer acercamiento a la interpretación de la referida norma se debe realizar a través del método literal, según el cual el intérprete de la norma indagará lo que la literalidad de la norma denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. En el mismo sentido, y destacando el lenguaje como elemento indispensable en la interpretación legal, BETTI sostiene que: "Para entender el sentido de la LEY es indispensable tener presente: 1) la lógica de la lengua siempre que se trate de normas establecidas mediante enunciaciones (declaraciones)"¹³⁹.
696. Conforme a dicho método, el artículo 156 del Reglamento establece que las ampliaciones de plazo suponen el reconocimiento de Gastos Generales "a secas", sin distinguir entre gastos generales fijos y gastos generales variables.
697. Sin embargo, como señala RUBIO, el método literal es tan sólo "la puerta de entrada a la interpretación", pero no puede ser utilizado de manera autónoma o autosuficiente. Por el contrario requiere necesariamente de la aplicación integral con otros métodos, para obtener la interpretación correcta.
698. Por ello corresponde utilizar el método funcional que consiste en dotar de un sentido coherente y eficaz a la norma, lo cual implica también interpretarla de forma sistemática. A decir de RUBIO, una interpretación sistemática "consiste en averiguar, en esclarecer el qué quiere decir la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella"¹⁴⁰.

¹³⁹ BETTI, Emilio. "Interpretación de la LEY y de los Actos Jurídicos". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1975. Página 249.

¹⁴⁰ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial. Octava Edición, 2000. Página 267.

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

699. Atendiendo a lo expuesto, corresponde analizar el sentido funcional de la referida norma. Para ello debemos distinguir los conceptos que involucran tales términos.

700. Las estructuras de presupuesto de los proyectos de Contratación Pública distinguen entre los siguientes conceptos contables:

- a. Costos directos: Concepto conformado por la sumatoria de los precios ofertados para cada partida, descompuestos en los costos del personal registrado en planilla, los costos de los materiales y los costos de la maquinaria.
- b. Gastos Generales Variables: Concepto conformado por aquellos costos administrativos para mantener la obra durante su ejecución y que por su naturaleza se ven inmediatamente afectados por el tiempo que esta tome.
- c. Gastos Generales fijos: Concepto conformado por aquellos costos administrativos que se generan en una sola oportunidad durante la ejecución de la obra y, por tanto, no se ven afectados por el tiempo que esta tome.
- d. Utilidad.
- e. Impuesto General a las Ventas.

701. Como se puede apreciar, los Gastos Generales Fijos son costos que no se encuentran vinculados al tiempo; por lo cual las ampliaciones de plazo no producen ningún impacto ni variación en lo que ha sido establecido en el Presupuesto original respecto a ellos.

702. Es por tal motivo que en las definiciones del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 184-2008-EF, se considera que los Gastos Generales Fijos son “*aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista*”.

703. Si bien dicha norma no resulta aplicable al presente CONTRATO, consideramos que una correcta interpretación de la norma aplicable supone afirmar que ella reconoce aquellos Gastos Generales que se encuentran vinculados únicamente a la incidencia de las ampliaciones de plazo aprobadas por la ENTIDAD, mas no los Gastos Generales que no tienen ninguna incidencia por dichas ampliaciones, esto es los Gastos Generales Fijos.

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

704. Es decir se debe reconocer los Gastos Generales Variables puesto que son afectados directamente por el tiempo. Sin embargo, no se puede ni debe reconocer los Gastos Generales Fijos, puesto que los mismos ya han sido reconocidos con el Presupuesto original de la Obra y no han variado como efecto de las ampliaciones de plazo.

705. En esa línea, lo contrario implicaría realizar un doble pago a favor del CONSORCIO, dado que el pago de dichos Gastos Generales Fijos ya ha sido contemplado en el Presupuesto Original de la Obra, pero sin embargo se volvería a pagar por ellos luego de las ampliaciones de plazo.

706. En esa medida, consideramos que con la interpretación que se está realizando de la norma en cuestión, la cual consideramos correcta, se trata de evitar el enriquecimiento sin causa por parte del CONSORCIO, a fin de evitar una doble retribución a su favor por un mismo concepto.

707. Sobre el particular, el CONTRATISTA ha señalado que sí le corresponde recibir los Gastos Generales Fijos por la aplicación literal de la fórmula establecida en el artículo 156 del Reglamento. En efecto, en la Audiencia de Informes Orales del 11 de enero de 2012, el CONTRATISTA afirmó que el artículo 156 del Reglamento se aplica de forma análoga a una penalidad en la medida que no existía vínculo entre los costos incurridos por el CONSORCIO y el reconocimiento de los mismos por parte de la ENTIDAD.

708. Por ello, a criterio del CONSORCIO, no haría falta probar los Gastos Generales Fijos y los Gastos Generales Variables. Tan sólo correspondería una aplicación automática de la fórmula establecida en el artículo 156 del Reglamento.

709. Sobre el particular, este Colegiado considera que la posición del CONSORCIO se deriva de una errónea interpretación del artículo 156 del Reglamento aplicable al presente caso. En efecto, salvo que la norma establezca con claridad que corresponde el reconocimiento de los Gastos Generales Fijos, no puede pretenderse el pago de una prestación o gasto adicional que no existe y que además ya se encuentra reconocido en el Presupuesto General de la Obra.

710. Pensemos por ejemplo, en el concepto de "instalación de campamento", se trata de un gasto general fijo ya que atraviesa todo el periodo de ejecución de la obra y por ello se encuentra reconocido en el Presupuesto General de la misma. Sin embargo, pretender luego que dicho concepto también sea reconocido por las ampliaciones de plazo concedidas, cuando el mismo no ha aumentado corresponde en realidad a un doble pago y en esa medida a un enriquecimiento indebido del CONTRATISTA.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

711. Es precisamente por ello que la norma vigente establece con mayor claridad que las ampliaciones de plazo conllevan al reconocimiento únicamente de los Gastos Generales Variables de los respectivos días reconocidos¹⁴¹. A nuestro criterio, el cambio de la norma vigente en relación con la norma antigua (aplicable al CONTRATO) no favorece la posición del CONTRATISTA, por el contrario la perjudica puesto que reconoce que interpretar en el sentido contrario – esto es asumiendo también el pago de los Gastos Generales Fijos – implica aceptar un doble pago a favor del Contratista sin ningún fundamento.
712. Por todo lo anterior se concluye que la ENTIDAD únicamente está obligada al pago de los gastos generales variables tras la concesión de las Ampliaciones de Plazo en cuestión, mas no al pago de gastos generales fijos, dado que los mismos no varían con el tiempo.

B. Conclusión

713. Siendo así se declara INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO.

¹⁴¹ Los artículos 202 y 203 del Reglamento vigente de la LCAE, aprobado mediante Decreto Supremo No. 184-2008-EF, admite que cuando se produce una modificación del plazo contractual se debe reconocer los Gastos Generales Variables

"Artículo 202.- 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 cuentan 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.

(...)
Artículo 203.- Cálculo del Gasto General Diario

En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente "Ip/lo", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial (...)".

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

7. PRONUNCIAMIENTO ACERCA DEL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

714. Según el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje, si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o el sentido del mismo¹⁴².
715. En este caso, el Tribunal ha apreciado que ambas partes han actuado de buena fe en el presente proceso, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, y siendo que en algunas pretensiones ha primado la posición de la demandada y en otras la de la demandante, han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia y en virtud de la defensa de sus convicciones.
716. Por consiguiente, el Tribunal considera que no debe ordenar a ninguna de las partes que pague a la otra cantidad alguna por dicho concepto. Ello sin perjuicio del pago en partes iguales de los costos de la Pericia.
717. En consecuencia, el pronunciamiento de este Tribunal acerca del pago de costas y costos del presente proceso es que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los costos del proceso arbitral y, por tanto, cada una de ellas deberá cubrir sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, los honorarios de la Secretaría Arbitral, los honorarios del Perito designado y demás gastos asumidos por ambas partes.

¹⁴² LEY GENERAL DE ARBITRAJE, Artículo 52.- "Costos del Arbitraje.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes, las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9°, cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral.

En los casos de los Artículos 15° y 41°, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado".

Tribunal Arbitral

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

III.- RESOLUCIÓN

Por todas las consideraciones expuestas se resuelve:

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la Cuestión Previa formulada por el CONSORCIO.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión planteada por el CONSORCIO y ORDENAR a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 331, 682.88, incluido IGV, más los intereses legales devengados a partir de 04 de septiembre de 2008.

TERCERO: Declarar FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión planteada por el CONSORCIO y ORDENAR a la ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 427,585.54, incluido IGV, más los intereses legales devengados a partir de 04 de septiembre de 2008.

CUARTO: Declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal del CONTRATISTA.

QUINTO: Declarar FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal; en consecuencia, SE ORDENA a PROVÍAS pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/.1'265,962.60, sin IGV, más intereses legales, devengados a partir del 04 de septiembre de 2008.

SEXTO: Declarar que CARECE DE OBJETO pronunciarse respecto a la Segunda Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal del CONTRATISTA.

SÉPTIMO: Declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal del CONTRATISTA.

OCTAVO: Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal del CONTRATISTA.

NOVENO: Declarar IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal del CONTRATISTA.

DÉCIMO: Declarar INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal del CONTRATISTA.

DÉCIMO PRIMERO: ORDENAR que cada parte asuma sus propios gastos y por mitades los gastos comunes, entendiéndose por gastos comunes los honorarios del Tribunal Arbitral, los honorarios de la Secretaría Arbitral, el costo del Peritaje Técnico y demás gastos arbitrales.

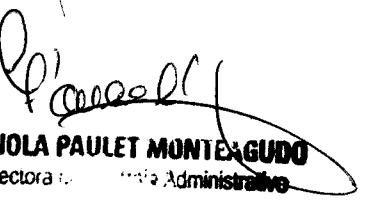
Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara


ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Presidente del Tribunal Arbitral


FRANCISCO BARRÓN VELIS
Árbitro


ALEJANDRO FALLA JARA
Árbitro


FABIOLA PAULET MONTECINOS
Directora de la Oficina Administrativa

*Rolando Eyzaguirre Macca
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

VOTO EN DISCORDIA DEL DR. FRANCISCO BARRÓN VELIS CON RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

El árbitro que suscribe el presente voto coincide con el voto suscrito por el Presidente en lo concerniente a los Antecedentes, los Considerandos y la parte resolutiva de las Pretensiones Principales Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, así como de las pretensiones subordinadas a la Tercera y Cuarta Pretensión Principal y la decisión sobre costas y gastos del arbitraje. Sin embargo discrepa en torno a los considerandos y la parte resolutiva de la Quinta Pretensión Principal. Basó mi opinión en las siguientes razones:

1. De los hechos expuestos anteriormente, observamos que la discusión se centra en la determinación de los mayores gastos generales. Esto, sobre la base de la distinción que se habría propuesto en relación a la existencia de "Gastos Generales Fijos" y "Gastos Generales Variables".
2. La problemática jurídica planteada parte de la distinción que existe entre la redacción de la norma vigente durante la Celebración del Contrato, artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y las normas vigentes que regulan la materia, los artículos 202° y 203° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, donde observamos lo siguiente:

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 013-2001-PCM)	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo No. 184-2008-EF)
<p>Artículo 156.- Efectos de la modificación del plazo contractual en obras.-</p> <p>Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.</p> <p>El gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales del contrato entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste "Ip/Io", en donde "Ip" es el índice de precios (39)</p>	<p>Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual</p> <p>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 cuentan con presupuestos específicos.</p> <p>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</p>

*Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

<p>aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que se ejecutan los días de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del presupuesto de referencia.</p> <p>En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los gastos generales se recalcularán conforme a lo establecido en los párrafos precedentes</p> <p>En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad prorrogará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal".</p>	<p>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.</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 203.- Cálculo del Gasto General Diario</p> <p>En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente "Ip/lo", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial (...).</p>
--	--

3. De la lectura de ambas normas se observa dos opciones legislativas claramente diferenciadas:
- En la primera (la aplicable al caso), el Legislador optó por un Sistema de Determinación de Gastos Generales que se basa en el cálculo del total de "Gastos Generales del Contrato";
 - En el segundo (la norma actual), el Legislador acogió una opción, distinta: separar o dividir aquellos Gastos Generales Variables, de aquellos Gastos Generales Fijos; reconociendo como mayores Gastos Generales generados por la Ampliación, únicamente a los Gastos Generales variables y no a los Gastos Generales Fijos.
4. Una primera visión, nos podría orientar a considerar que la segunda posición (la norma actual) resulta ser "más justa" que la primera posición (la norma aplicable); dado que parte de la idea de distinguir entre aquellos gastos asumidos en principio pero no necesariamente por única vez

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

(Gastos Generales Fijos), y aquellos gastos que se ven afectados por la ampliación (Gastos Generales Variables), lo que –en teoría– sería más acorde a la realidad.

5. Sin embargo, la norma en cuestión representa en realidad una opción legislativa distinta en la determinación de gastos. No se basa en una cuestión de “Realidad en los Gastos”. En ambos casos, la determinación de los mayores gastos generales no se realiza en función al costo devengado por la ampliación ($\text{COSTO}=\text{GASTO}$), sino que se opta por la aplicación de una fórmula que emplea (dentro de sus factores) un supuesto “objetivo-tasado”, el “Índice General de Precios al Consumidor aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI”.
6. Bajo la teoría de aplicar una interpretación “más justa” o “acertada con la realidad”, se debería optar por una determinación “exacta” de los gastos incurridos por el Contratista para el desarrollo de la ampliación, y no optar por una fórmula supeditada a un “Índice de Precios” como factor de cálculo. Esto reflejaría en forma exacta los gastos incurridos realmente por el Contratista, determinándose el pago de una contraprestación “más justo” para ambas partes.
7. Sin embargo, en ninguno de los dos casos (Decreto Supremo No. 013-2001-PCM y Decreto Supremo No. 184-2008-EF) se aplica una medida de dicha naturaleza. En efecto, como hemos visto, se opta por aplicar una fórmula “tasada”, en base a un factor promedio como es un Índice de Precios. Por lo que, frente a ello, nos preguntamos ¿Por qué el Legislador opta por aplicar una fórmula “tasada” en base a un Índice de Precios? La respuesta es muy sencilla: reducir costos de transacción.
8. Dado que determinar los Gastos Generales incurridos por el Contratista resultaría extremadamente oneroso para las partes, y sujeto a mayor discusión e interpretación –incluso sobre la legitimidad de los gastos y la validez de los documentos–, la Ley optó por la simplificación de este análisis sumamente discutible y cuestionable, asimilándolo al principio subyacente a la figura jurídica de la Penalidad, donde los Mayores Gastos Generales se encuentran “tasados” en base a considerar que los mismos se determinan en función al Índice General de Precios al Consumidor del INEI, como factor en la fórmula de Gastos.
9. ¿Esto qué quiere decir? Que la opción legislativa siempre estuvo motivada a reducir costos de transacción sobre la base de una “Tasación” de los Mayores Gastos Generales.
10. Por lo tanto, si la fórmula contiene componentes que no se basan en una determinación exacta de la realidad, sino en una “aproximación tasada”

*Rolando Eyzaguirre Maccan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara*

¿Cabe discutir si el Reglamento hizo la distinción entre Gastos Generales Fijos y Gastos Generales Variables? En realidad, ello no fue objeto de discusión, simplemente y nuevamente, se redujeron costos de transacción determinándose que no importaba la determinación de Gastos Fijos y Gastos Variables: ambos se encontraban incluidos en un solo concepto.

11. Esto parte de otro tipo lectura: El Legislador consideró que para la autoridad y para las partes involucradas en la controversia resultaba menos costoso fijar que los Gastos Fijos y Gastos Variables ingresaban a un único concepto, antes que dejar abierta la posibilidad de discutir la naturaleza, características o tipos de Gastos Generales; ello, dado que podría ocurrir que:

- (i) ciertos Gastos Generales Fijos pudieran ser tomados como Gastos Variables (en favor del Contratista); y,
- (ii) ciertos Gastos Generales Variables pudieran ser cuestionados como Gastos Fijos (a favor de la Entidad).

Con ello, el Legislador optó por reducir las posibles controversias que tendrían que afrontar el Estado y los Particulares (a través de otros mayores arbitrajes), señalando que tal distinción no sería objeto de discusión.

12. Esta posición, fue ratificada a su vez con el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 084-2004-PCM, que en su artículo 261º dispuso lo siguiente:

“Artículo 261.- Cálculo de Mayores Gastos Generales

En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra ofertado entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste «Ip/lo», en donde «Ip» es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e «lo» es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste «Ip/lo», en donde «Ip» es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e «lo» es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los gastos generales se recalcularán conforme a lo establecido en los párrafos precedentes.

En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución.”

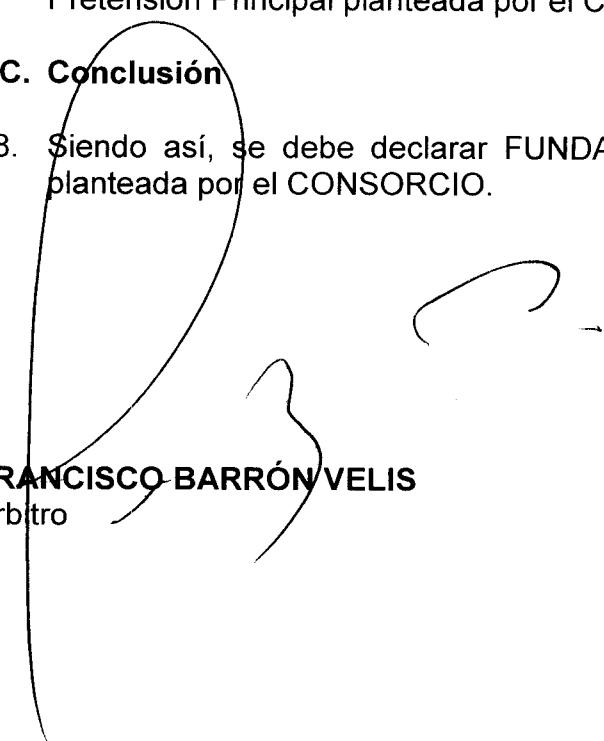
13. Sin embargo, la tendencia adoptada por el Legislador en la actualidad (correspondiente al Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado), fue la de pasar por un proceso de diferenciación previa, sin que ello significara identificar los Costos o Gastos reales adoptados por el Contratista (dado que continuó aplicando el parámetro promedio de Índice General de Precios al Consumidor del INEI).
14. En ese sentido, la discusión originada por la nueva opción legislativa no generó dudas respecto de la interpretación que deba darse al artículo 156° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 013-2001-PCM), dado que “tales dudas” nunca existieron si no es hasta la dación posterior del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (Decreto Supremo No. 184-2008-EF). Antes de dicha norma, la aplicación de la fórmula siempre tuvo una misma lectura uniforme por los operadores jurídicos.
15. Al no haber existido dudas en la lectura del artículo 156° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –es decir, al haber una lectura clara de dicha norma–, no nos encontramos frente a un supuesto de “interpretación jurídica”, sino frente un supuesto de aplicación directa de la ley.

Rolando Eyzaguirre Macan
Francisco Barrón Velis
Alejandro Falla Jara

16. En efecto, como bien señala Marcial RUBIO CORREA: “*La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma*”; señalando en nota al pie lo siguiente: “(...) optamos en adelante por la concepción de que sólo hay problema de interpretación cuando el sentido de la norma no queda claro, bien de su lectura inicial, bien de su posterior cotejo con el caso que se va a regular con ella”¹⁴³.
17. Por todo lo anterior la decisión es que se declare fundada la Quinta Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO.

C. Conclusión

18. Siendo así, se debe declarar FUNDADA la Quinta Pretensión Principal planteada por el CONSORCIO.


FRANCISCO BARRÓN VELIS
Árbitro

¹⁴³ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial. Octava Edición, 1999. Página 246.