

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral N°122-2010
(Consortio JOHESA UPACA contra el Proyecto especial de
infraestructura de transporte nacional-PROVIAS
NACIONAL)

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Isavo Irina Vargas López

ASESOR:
Richard James Martin Tirado

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, RICHARD JAMES MARTIN TIRADO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre el Laudo Arbitral N°122-2010 (Consortio JOHESA UPACA contra el Proyecto especial de infraestructura de transporte nacional-PROVIAS NACIONAL)", del autor(a) ISAVO IRINA VARGAS LOPEZ, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>RICHARD JAMES MARTIN TIRADO</u>	
DNI: 07705578	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7272-0654	 

RESUMEN

El presente informe abarca el caso arbitral N°122-2010 seguido por el consorcio Johesa Upaca contra el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, mediante el cual se analiza la pretensión de consorcio a fin de determinar la irregularidad y extemporaneidad de la resolución que aprueba la liquidación del contrato de obra realizada por la Entidad y, a su vez, sobre el consentimiento de la liquidación de contrato presentado por el contratista.

Para ello corresponde evaluar las liquidaciones de obra presentadas por las partes a fin de determinar cuál de ellas siguió el procedimiento regular establecido en la ley. Cabe señalar que dicho examen se realizará bajo el análisis de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento aplicable al caso.

Asimismo, corresponde analizar si un hallazgo de contraloría puede generar variaciones en una ampliación de plazo aprobada y consentida y a su vez determinar la competencia del Tribunal Arbitral para tratar el enriquecimiento sin causa frente a la indemnización solicitada por el demandante.

Palabras clave

Contratación pública, arbitraje, liquidación de contrato, ampliación de plazo.

ABSTRACT

This report analyzes the arbitration case N°122-2010 followed by the consortium Johesa Upaca against the Special Project of National Transportation Infrastructure - PROVIAS NACIONAL, through which the consortium's claim is analyzed in order to determine the irregularity and untimeliness of the resolution approving the liquidation of the construction contract carried out by the Entity and, in turn, on the consent of the contract liquidation presented by the contractor.

To this end, it is necessary to evaluate the work settlements submitted by the parties in order to determine which of them followed the regular procedure established by law. It should be noted that this examination will be carried out under the analysis of the State contracting and procurement rules and regulations applicable to the case.

Likewise, it is necessary to analyze whether a comptroller's finding can generate variations in an approved and consented extension of time and, in turn, to determine the competence of the Arbitral Tribunal to deal with the unjust enrichment in relation to the compensation requested by the claimant.

Keywords

Public procurement, arbitration, contract liquidation, extension of term.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Hechos relevantes del caso.....	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	20
3.1 Problema principal.....	20
En cuanto a las liquidaciones del contrato de obra presentadas por el CONSORCIO JOHESA UPACA y PROVIAS NACIONAL, ¿cuál de ellas sigue el procedimiento regular para liquidar el contrato?	
¿La liquidación del contrato realizada por el consorcio siguió con el procedimiento regular?	
¿La liquidación del contrato realizada por PROVIAS NACIONAL siguió con el procedimiento regular?	
3.2 Problemas secundarios	20
¿El hallazgo de contraloría podía invalidar la ampliación de plazo N°03 otorgada por PROVIAS NACIONAL y afectar la liquidación del contrato?	
¿El Tribunal Arbitral tenía competencia para pronunciarse respecto al enriquecimiento sin causa?	
¿El Tribunal Arbitral tenía competencia para decidir sobre la reconvencción?	
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	20
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	20
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	21
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	22
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	48
ANEXOS	51

PRINCIPALES DATOS DEL CASO:

N° EXPEDIENTE	Laudo Arbitral N°122-2010, de fecha 30 de junio del 2010
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Arbitraje, Contrataciones del Estado
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Laudo Arbitral
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	CONSORCIO JOHESA UPACA
DEMANDADO/DENUNCIADO	PROVIAS NACIONAL
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	ARBITRAL
OTROS	Contraloría General de la República

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución de obras públicas tiene como objetivo la satisfacción de los fines públicos, es por ello que es de suma importancia que se realice una correcta ejecución tanto técnica como normativa a fin de poder culminar satisfactoriamente con la obra adjudicada.

La liquidación del contrato de obra, es el último paso para darlo por concluido, es por ello que es sustancial que su presentación se realice de acuerdo a ley, siguiendo la forma, oportunidad y procedimiento establecido a fin de determinar el valor real de la obra ejecutada y establecer la diferencia con lo cancelado hasta el momento que concluyen los trabajos a fin de determinar la existencia o no de saldos a favor de las partes.

Es así que, mediante el presente informe se realiza una evaluación de la correcta aplicación de la normativa de contrataciones en la ejecución de contratos públicos, específicamente en el proceso de liquidación de contratos de obra. Asimismo, cabe tener en cuenta que, por ley, de existir controversias respecto a ello, estas se encuentran destinadas a resolverse por la vía arbitral.

En ese sentido, se evaluará también la competencia del Tribunal Arbitral para el tratamiento de materias respecto al enriquecimiento sin causa y la reconvencción de la demanda. Así como se analizará si un hallazgo de la contraloría puede generar cambios en una ampliación de plazo previamente aprobada y consentida.

En ese sentido, corresponde analizar los fundamentos del Tribunal Arbitral respecto al caso y exponer nuestra postura al respecto.

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La presente resolución supone un caso complejo debido a que, en el marco del Contrato de obra N°306-2005-MTC/20, la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento, se producen dos controversias respecto a un mismo tema: la liquidación del contrato de obra. Una de ellas fue realizada por el contratista y la segunda por la Entidad, debiendo determinar cuál de ellas puede desplegar sus efectos. En ese sentido, es necesario identificar la correcta

oportunidad y forma de presentación de una liquidación de contrato, teniendo en cuenta el principio de legalidad y los requisitos exigidos por ley.

Asimismo, corresponde resolver las implicancias de la existencia de controversias pendientes previas a la liquidación de un contrato, y, a su vez, determinar si es posible descontar un monto de la liquidación final de un contrato obra sobre a una ampliación de plazo ya consentida.

En ese sentido, se procederá a analizar la figura de la ampliación de plazo en un contrato obra, qué es lo que supone su otorgamiento y si cabe, mediante un pronunciamiento de la Contraloría General de la República, dejarla sin efecto en la circunstancia que nos expone el caso.

Por otro lado, es necesario reconocer cuáles son los límites del Tribunal Arbitral a fin de definir su competencia e identificar hasta dónde puede emitir pronunciamiento, sin que ello pueda causar vulneración de derechos a las partes o, en todo caso si cabe la posibilidad de pronunciarse más allá de lo solicitado sin que ello vulnere el principio de congruencia.

Finalmente, cabe recordar que estamos frente a un laudo arbitral del año 2010 y a un contrato de ejecución de obra suscrito el año 2005, de manera que cabe hacer mención de los cambios normativos aplicables al caso a la fecha.

1.2 Presentación del caso

El consorcio JOHESA UPACA, al haber concluido con la ejecución de la obra a su cargo y luego de la recepción de la misma, presenta su liquidación del contrato, la cual será observada por PROVIAS NACIONAL. De ello, nacerá un primer arbitraje, mismo que se acumuló a una controversia previa, cuyo laudo arbitral determinó el pago de un monto al contratista. Posteriormente, la Entidad presenta una nueva liquidación que, nuevamente, será controvertida por el contratista en un segundo arbitraje, siendo el laudo de este último el que se analizará en este informe.

A raíz de ello, se presentan varias interrogantes en función de cómo se resolvió el caso. Así, nos encontramos ante la posible extemporaneidad e irregularidad de la resolución que emite la Entidad respecto a su liquidación del

contrato obra en contraste con la liquidación del contrato realizado por parte del contratista existiendo una controversia pendiente de resolver.

Es de esa manera que, a fin de definir cuál de ellas es la que ha quedado o no consentida o, en todo caso, cuál es la que cumple con el procedimiento regular para su presentación, se empleará el TUO de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N°083-2004-PCM (en adelante el TUO de la LCAE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°084-2004-PCM (en adelante el reglamento o el RLCAE).

Asimismo, corresponde analizar si dentro de los fundamentos de la liquidación de la Entidad cabe o no tener en cuenta un hallazgo de la Contraloría General de la República (en adelante la CGR) como fundamento para realizar el descuento de un monto correspondiente a una ampliación de plazo (en adelante AP) que se encontraba previamente consentida.

Cabe mencionar que, si bien es cierto que el Tribunal Arbitral se limitó a verificar requisitos de forma de las pretensiones del demandante, este no realizó un análisis del fondo de la controversia, logrando con ello que no sea posible determinar que monto correspondía a la liquidación del contrato. Es por ello que corresponde determinar si debió existir un pronunciamiento por parte del Tribunal, en este caso, sobre el resultado final de la liquidación del contrato y si tuvo que ser admitida la reconvenición presentada por la Entidad.

A su vez, es necesario reconocer al arbitraje como la vía correspondiente para solucionar las controversias en materias de contratación pública, de manera que, en el caso, se debe identificar cuáles son los límites del Tribunal Arbitral en cuanto a su pronunciamiento, así como evaluar si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable.

Para ello nos remitiremos a distintos cuerpos normativos, siendo estos, el Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje, la ley de Contrataciones y su Reglamento, Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, las opiniones OSCE, así como distintos textos doctrinarios a fin de poder determinar y resolver lo que nos compete.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Luego de haber obtenido la buena pro de la Licitación Pública Nacional N°001-2005-MTC/10, el 14 de octubre de 2005, el consorcio JOHESA UPACA y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL suscribieron el contrato de obra N°306-2005-MTC/20 para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Izcuchaca – Huancavelica, tramo I Izcuchaca – Palca del Km. 0+000 al 30+000" (en adelante el contrato) por el plazo de 360 días calendario y por el monto de S/. 36'760,862.39, incluido IGV.

Cabe mencionar que, de acuerdo a la cláusula 27 del contrato, las partes pactaron que este se conduciría por las Bases de la Licitación, así como por el TUO de LCAE y por su Reglamento.

Durante la ejecución de la obra, se otorgaron 15 ampliaciones de plazo, de manera que el plazo de ejecución se amplió de 360 días a 572 días calendario, provocando que la fecha de conclusión de la obra se proyecte para el 24 de mayo del 2007. Es así que, debido a que el contratista concluyó sus actividades en la fecha finalmente pactada, ese mismo día, mediante anotación en el asiento N°857 del cuaderno de obra, solicitó la recepción de la obra.

2.2 Hechos relevantes del caso

2.2.1. EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y RECEPCIÓN DE OBRA:

De las 15 ampliaciones de plazo otorgadas al contratista, dos de ellas fueron cuestionadas por PROVIAS NACIONAL en sus liquidaciones de contrato: La ampliación de plazo N°03 y ampliación de plazo N°09.

Por otro lado, el consorcio JOHESA UPACA señala que el 13 de junio del 2007 se realizó la recepción de la obra en conformidad al artículo 268 del reglamento, misma que no contó con ninguna observación por parte de la Entidad. Es así que, desde el 14 de junio de 2007, se empezaría a contabilizar el plazo de 60

días, según lo establecido en el artículo 269 del RLCE, para presentar su respectiva liquidación.

2.2.2. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO REALIZADA POR EL CONSORCIO JOHESA UPACA:

Es en función a ello que, el 10 de agosto del 2007, dentro del plazo previsto por el Reglamento¹, el consorcio JOHESA UPACA presentó su liquidación del contrato, mediante la carta N°646-2007/RMCIH-RO, estableciendo un saldo a su favor por el monto de S/937,808.12, mismo que fue observado, dentro del plazo legal², por PROVIAS NACIONAL, teniendo en cuenta el informe N°270-2007-MTC/20.5-JUD, que confirmaba la liquidación presentada por el supervisor, Consorcio Cielo Azul, determinando un saldo a favor del contratista por un monto menor, siendo este el de S/. 435,050.87.

El contratista señala que, tanto el consorcio como PROVIAS NACIONAL realizaron sus actuaciones dentro de los plazos correspondientes y que con ello precluía para ambas partes la oportunidad correspondiente para presentar la liquidación.

El 29 de septiembre del 2007, el consorcio JOHESA UPACA, al no encontrarse de acuerdo con la observación a su liquidación realizada por la Entidad, presenta su demanda arbitral y, asimismo, requirió a la Entidad el pago del monto no controvertido.

Es así que, a través del comprobante de pago N°06845 del mes de noviembre del 2007, PROVIAS NACIONAL paga al contratista el monto no controvertido ascendente a la suma de S/. 435,050.87.

2.2.3. AMPLIACIÓN DE PLAZO N°09:

Cabe recalcar que, cuando el consorcio JOHESA UPACA presenta su liquidación, incorpora en ella el concepto de mayores gastos generales por 14 días correspondientes a su solicitud de AP N°09, mismos que no se encontraban reconocidos por la Entidad y que por ello, se encontraban en controversia en un arbitraje.

¹ Dentro del plazo de 60 días de la recepción de obra.

² Artículo 269 de LCAE.

Es por ello que, el 06 de setiembre del 2007, mediante oficio N°1017-2007-MTC/20 la Entidad informó al contratista que, de conformidad al artículo 269 del Reglamento, al haber una controversia en curso, aún no se podría realizar la liquidación del contrato.

2.2.4. LAUDO ARBITRAL N°1 DEL 27 DE ENERO DEL 2009:

Con fecha 25 de setiembre del 2007, el contratista sometió a arbitraje la observación de su liquidación realizada por la Entidad, la cual fue acumulada al arbitraje que contenía la controversia respecto a la AP N°09. Es así que, con fecha 27 de enero de 2009, mediante laudo arbitral, el Tribunal Arbitral dictaminó que la Entidad pague al consorcio el monto de S/235,048.35. De manera que, el 13 de mayo de 2009, mediante la factura N°001-000366, la Entidad pagó al contratista el monto establecido en dicho laudo.

2.2.5. RESOLUCIÓN DIRECTORAL N°691-2009-MTC/20 (En adelante Res. N°691-2009) – LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD

El 12 de mayo de 2009, mediante carta N°469-2009-MTC/20.5, PROVIAS NACIONAL requirió al consorcio un cuadro resumen de la liquidación de obra, adjuntando la información sustentatoria, a efectos, según el consorcio, de determinar el monto de los intereses pendientes a pagar a fin de dar cumplimiento de dicho Laudo. Es así que con fecha 18 de mayo del 2009, el contratista remite la información solicitada, misma que fue notificada a la Entidad el 19 de mayo del mismo año.

El 18 de junio 2009, PROVIAS NACIONAL notificó al consorcio JOHESA UPACA, mediante Res. N°691-2009, la aprobación administrativa de la liquidación del contrato de obra, misma que establecía lo siguiente:

1. El costo total de la obra Ejecutada corresponde a S/44'800,681.62
2. Existía un saldo a favor de la Entidad por el monto de S/120,301.28

Ello se sustenta en el informe N°047-2009-MTC/20.5-AHP, de fecha 02 de junio de 2009, el cual se remite a un hallazgo de la CGR de fecha 06 de noviembre de

2008³ y a la carta de la ingeniera Magdalena Bravo Espinoza del 11 de noviembre del 2008, respecto a la AP N°03, de la que señalan que se otorgaron 6 días de manera indebida.

Cabe señalar que la mencionada funcionaria manifiesta que si bien la AP N°03 se aprobó sin contar con observaciones de su parte, la responsabilidad de su otorgamiento le corresponde al especialista que la revisó, pues ella únicamente visó y firmó la solicitud. Asimismo, al no haberse liquidado aún la obra para ese entonces, informó al especialista de obra que tiene a cargo la administración del contrato a fin de que aplique el descuento correspondiente a los mayores gastos generales de los 6 días.

El contratista, por su parte, señala que, la presunta deuda que tendría el consorcio JOHESA UPACA a PROVIAS NACIONAL corresponde a la responsabilidad de los funcionarios que fue detectada por la CGR, y que estos, mediante el saldo a favor de la liquidación establecida en la Res. N°691-2009, intentan trasladar la responsabilidad pecuniaria hacia el contratista, realizando un cobro indebido e intentando trasladar la responsabilidad de otorgamiento de una ampliación de plazo al consorcio.

2.2.5.1. AMPLIACIÓN DE PLAZO N°03 – HALLAZGO DE LA CGR

Cabe mencionar que, mediante Resolución Directoral N°1150-2006-MTC/20 del 02 de mayo del 2006, la entidad aprobó la solicitud de AP N°03, la cual otorgaba 23 días al contratista como consecuencia de las dificultades técnicas causadas por las constantes lluvias en la zona durante la ejecución de la obra.

Al respecto, mediante un hallazgo, la CGR, observó dicha AP, indicando que se debió otorgar solo 17 días, de manera que se realizaron pagos excedentes correspondientes a los mayores gastos generales del otorgamiento indebido de 6 días, tanto para el contratista como para la supervisión, realizando el pago en exceso de S/.99,350.96 y S/. 95,993.58 respectivamente.

³ El hallazgo fue informado mediante oficio N°52-2008-CG/OEA-IZC-HVCA

En cuanto a ello, la ingeniera Bravo señaló que advirtió un error de cálculo en los mayores gastos generales de la supervisión puesto que no ascienden a S/. 95,993.58, si no que el monto correcto sería S/ 37,562.71.

2.2.6. DEMANDA ARBITRAL

Es a raíz de ello que el consorcio decide presentar su demanda arbitral, ya que considera que su liquidación primigenia ya estaba consentida y la liquidación de la Entidad sería irregular, es por ello que presenta las siguientes pretensiones:

1. Que se declare sin efecto la Liquidación presentada por PROVIAS NACIONAL, por ser irregular y extemporánea, la misma que determina un supuesto saldo en contra del contratista, por un monto de S/. 120, 301.28 y que se declare y restablezca la real liquidación consentida, así como la deuda de PROVIAS NACIONAL por S/. 16, 612.39.

Respecto a ello, el contratista señala que cumplió con el trámite regular para presentar su liquidación de contrato y, asimismo, la Entidad cumplió con observar dicha liquidación, precluyendo para ambas partes esta etapa, por lo que no sería legalmente posible que la Entidad considere presentar su liquidación en mayo del 2009. De hacerlo se estaría aceptando la presentación extemporánea de la misma y contrariando un procedimiento regular, considerando un monto adeudado que no ha sido discutido previamente.

Señala a su vez, que el pago del monto de s/ 235,048.35 por parte de la Entidad al contratista en conformidad al Laudo Arbitral N°01 demostraba la aceptación de PROVIAS NACIONAL de la liquidación realizada por el contratista, de modo que ello corroboraría que esta última habría quedado consentida.

Asimismo, señala que, si bien la CGR comunicó un hallazgo de auditoría en el que supuestamente se otorgaron indebidamente 6 días calendario, la Entidad nunca observó la AP N°03.

2. Que se declare que PROVIAS NACIONAL ha realizado un cobro indebido de S/.136,913.67 al elaborar una nueva liquidación y que se dé una

compensación de S/.16,612.39 correspondiente a los intereses referidos del primer laudo.

Al respecto, señala que la CGR había detectado responsabilidad de los funcionarios y que la Entidad quiere trasladar dicha responsabilidad pecuniaria hacia el contratista. Asimismo, menciona que, al ya existir una liquidación consentida, dicho cobro sería indebido pues, al contrario, lo que correspondería es que la Entidad realice el pago de los intereses legales ascendentes a S/.16,612.39 que quedaron pendientes.

3. Que PROVIAS NACIONAL pague una indemnización al consorcio por el monto de s/.60 000.00 por el perjuicio de ocasionó la Entidad al realizar su liquidación.

El contratista manifiesta que el cobro que la Entidad pretende realizarle le genera perjuicios puesto que la renovación de las cartas fianzas, por un periodo mayor a los 4 años, daña su prestigio empresarial frente a otras entidades financieras.

A su vez, señalan que la Entidad, al haber realizado su nueva liquidación actúa con dolo civil al ser extemporánea y, además, al no advertir a la CGR que incluyen dentro de dicha liquidación conceptos correspondientes a una ampliación de plazo manifiestamente consentida.

Asimismo, señalan que el daño se cuantifica en S/ 30,000.00 por las provisiones de deudas por pagar, seguros, inmovilización del capital, etc y, otros S/ 30,000.00 por daño emergente a causa de los intereses de la tasa activa del sistema financiero por la inmovilización por el periodo de por lo menos 10 meses que pueda durar las actuaciones arbitrales.

4. En caso que se declare infundado el tercer punto controvertido, ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago de S/. 60 000.00 por enriquecimiento sin causa ya que la Entidad pretende cobrar S/120,301.28 y dejar de pagar S/ 16,612.39 a fin de que los funcionarios de PROVIAS NACIONAL deslinden responsabilidades.

Respecto a ello, el contratista resalta que este no debe nada por la AP N°03 y que pese a ello se ve obligado a realizar operaciones financieras costosas sin poder recuperar sus cartas fianzas de una obra que fue entregada en junio del 2007.

Asimismo, señala que el cobro que el Entidad está realizando desequilibra su situación financiera y repite los argumentos previstos en la pretensión anterior.

5. En forma acumulativa a la primera pretensión, se ordene a PROVIAS NACIONAL el pago de S/.16,612.39 correspondiente a los intereses. cumpliendo lo establecido en el laudo Arbitral N°01
6. Que la parte vencida pague los costos y costas.

2.2.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

El 04 de noviembre de 2009, PROVIAS NACIONAL, contesta la demanda desestimándola y contradiciéndola.

Señala que el laudo arbitral N°01 no resolvía la liquidación del contrato, de manera que el pago establecido en el mismo no constituyó el consentimiento de la liquidación, pues esta decide sobre la solicitud del consorcio para que se declare fundada la petición de AP N°09 por 26 días calendario, por lo que no habría impedimento para que PROVIAS NACIONAL proceda a liquidar el contrato.

Asimismo, señala que, si bien es cierto que el contratista acumuló su pretensión respecto a que su liquidación quede consentida, esta fue declarada infundada por el Tribunal, señalando lo siguiente:

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que, conforme se señaló respecto del quinto punto controvertido, la realización de la liquidación de obra era improcedente al haber controversias pendientes de ser resueltas, y que iban a afectar directamente el resultado de la misma; no obstante ello este Colegiado puede advertir que aún cuando la elaboración de la liquidación hubiera sido procedente, la misma no habría quedado consentida, en el presente caso, en tanto PROVIAS sí procedió a observarla en el plazo oportuno.

Asimismo, indica que la Res. N°691-2009 sí es regular y en conformidad a lo establecido en el TUO de la LCAE y el reglamento por lo que no se estaría provocando perjuicios al contratista.

Finalmente, señala que al no existir sustento que ampare su demanda, las costas y costos deben ser pagados por el demandante, o, en el supuesto de que el Tribunal la declare fundada, que sea pagada en partes iguales.

2.2.8. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

La Entidad señala que la cuarta pretensión del consorcio, referida al enriquecimiento sin causa, no es arbitrable, debido a que las partes no lo pactaron de manera expresa, por lo tanto, no manifestaron su voluntad respecto a que esta materia sea arbitrable; asimismo resaltan el carácter residual de esta figura, señalando que no es posible que esta sea revisada en el fuero arbitral cuando existe otra vía para solicitarla.

2.2.9. RECONVENCIÓN:

El 04 de noviembre del 2009, PROVIAS NACIONAL acompaña a su demanda con una reconvención, misma que contiene las siguientes pretensiones:

1. “Que el Tribunal Arbitral declare que la Ampliación de plazo N°03 corresponde a 17 días y no a los 23 días otorgado por la Entidad de conformidad con lo señalado por la Contraloría”
2. “Que el Tribunal Arbitral declare el monto de S/. 120,301.28 sea incluido en la Liquidación final del contrato de Ejecución de obra N°306-2005-MTC/20 como monto a favor de PROVIAS NACIONAL de conformidad con lo señalado por la Contraloría”

2.2.10. IMPROCEDENCIA DE LA RECONVENCIÓN:

El Tribunal señala que las pretensiones de la reconvención de la Entidad no tienen conexidad con lo solicitado por el consorcio JOHESA UPACA en su demanda arbitral.

Asimismo, señala que, de conformidad al artículo 23 de la ley 27785, las decisiones de la CGR respecto al pago de adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrán ser objeto de arbitraje.

Es así que declaran improcedente la reconvenición, misma que fue reconsiderada por PROVIAS NACIONAL, sin embargo, mediante Resolución N°9 de fecha 03 de febrero de 2010, la reconsideración fue declarada infundada por el Tribunal Arbitral.

2.2.11. LAUDO ARBITRAL N°2 DE FECHA 30 DE JUNIO DE 2010:

Como primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral fijó “determinar si procede declarar sin efecto por irregular y extemporánea, la liquidación del Contrato efectuada por PROVIAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N°691-2009 y, como consecuencia de ello, si procede declarar inexistente el saldo en contra del CONSORCIO JOHESA UPACA, ascendente a la suma de S/. 120,301.28, restableciéndose la real liquidación consentida que arroja un saldo a favor del contratista ascendente a S/.16,612.39.”

Este primer punto controvertido fue declarado infundado por los siguientes fundamentos:

- La liquidación del contrato realizada por el contratista no se encontraba consentida, puesto que al momento de su presentación existía una controversia en curso.
- Las liquidaciones presentadas por las partes tenían montos en disputa, sometiendo el consorcio a arbitraje el monto controvertido.
- Los montos por pagar señalados en el Laudo N°01 modificaron la liquidación del contrato presentada por el consorcio.
- El cuadro resumen de la liquidación presentada por el consorcio JOHESA UPACA, constituye una modificación e integración de la liquidación del contrato.

Es así que, al haberse presentado el cuadro resumen el 18 de mayo de 2009, mismo que fue notificado a PROVIAS NACIONAL el 19 de mayo del mismo año,

este procedió, dentro del plazo legal⁴ a aprobar administrativamente su liquidación de contrato mediante Res.N°691-2009.

Asimismo, el Tribunal Arbitral menciona que no es materia del presente arbitraje determinar si la resolución que aprueba la liquidación, emitida por la Entidad, se sustenta en fundamentos legales, por lo que al amparo del artículo N°09⁵ de la LPAG, se debe presumir la validez de dicho acto administrativo. Finalmente, señala que la Res. N°691-2009 es eficaz⁶ ya que fue expedida a tiempo y de conformidad con el artículo 269 del Reglamento.

Asimismo, respecto al pago de intereses ascendentes a S/. 16,612.39, el Tribunal Arbitral señala que en el Laudo Arbitral N°1 se determinó el pago de S/. 259,926.92 más los intereses legales, de manera que ello es cosa juzgada y no cabe pronunciamiento de este Tribunal.

Como segundo punto controvertido, se fijó “determinar si procede declarar que PROVÍAS NACIONAL ha efectuado un cobro indirecto indebido ascendente a S/136,913.67 al elaborar una nueva Liquidación y, de ser el caso, si procede ordenar una compensación por la cantidad ascendente a S/. 16,612.39 por concepto de intereses”.

Respecto a ello, el Tribunal Arbitral señala que al haber determinado que la Res. N°691-2009 no debe declararse ni irregular ni extemporánea, no procede declarar que la Entidad ha realizado un cobro indebido. Asimismo, recalca que el monto de S/ 16,612.39 por intereses legales, sería cosa juzgada, pues nace de la decisión de un laudo previo, de manera que dicho punto controvertido fue declarado improcedente.

En cuanto al tercer punto controvertido se estableció “determinar, si procede ordenar a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden del consorcio JOHESA UPACA la suma de S/.60.000.00 más intereses por concepto de indemnización de daños y perjuicios.”

⁴ 30 días según el Art. 269 del RLCE

⁵ El artículo 9 de la LPAG señala que los actos administrativos se presumen válidos, en tanto no se haya declarado la nulidad del mismo.

⁶ Artículo 16 de la LPAG señala que el acto administrativo es eficaz desde su notificación.

Sobre ello, el Tribunal Arbitral, de conformidad al artículo 1321⁷ del Código Civil, analiza la responsabilidad por daños y perjuicios. Así, se refiere a los elementos necesarios que esta pretensión debe poseer a fin de que pueda ser declarada fundada: Antijuricidad, daño efectivamente causado y probados, nexo de causalidad entre el ilícito y el daño provocado e imputabilidad. Cabe señalar que, si uno de dichos elementos se encuentra ausentes, no procede la solicitud, por lo que este punto controvertido fue declarado infundado.

Al respecto, el Tribunal Arbitral señala que el CONSORCIO JOHESA UPACA no ha probado su pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, por lo que es declarada infundada.

En cuanto al cuarto punto controvertido, se estableció que “en caso se declare infundado el punto controvertido previo, si procede ordenar a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar al consorcio JOHESA UPACA la suma de S/.60.000.00 más intereses por concepto de enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad.”

Respecto a ello el Tribunal Arbitral invoca el artículo 1955 del código civil, señala que la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa no procede si se puede ejercer otra acción para obtener dicha indemnización. El contratista ya realizó dicha acción mediante su pretensión precedente y fue declarada infundada.

Se determinó, como quinto punto controvertido que, “en caso se declare fundado el punto controvertido a) si procede que PROVIAS NACIONAL pague al CONSORCIO JOHESA UPACA Los intereses que ascienden a la suma de S/.16,612.39”.

Al respecto, cabe señalar que esta es una pretensión accesoria a la primera pretensión, misma que fue declarada infundada, de manera que esta pretensión corre con la misma suerte de la principal.

Asimismo, cabe mencionar que el pago de los intereses ascendentes a S/ 16,612.39 ya fue decidido por otro Tribunal Arbitral mediante un laudo, de

⁷ El artículo 1321 señala que el que no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa estará obligado a indemnizar por daños y perjuicios.

manera que es cosa juzgada y no corresponde el pronunciamiento de este Tribunal.

Como sexto punto controvertido, determinar quién y en que proporción se asumirán las costas y costos.

Al respecto, el Tribunal concluyó que ambas partes deben asumir los gastos en los que hayan incurrido.

2.2.12. Solicitud de interpretación e integración de laudo.

Con fecha 14 de julio de 2010, el consorcio solicita al Tribunal aclarar si hay una innovación legal del artículo 269 del reglamento, puesto que dicho artículo no señala que una liquidación deba realizarse mediante resolución directoral. Asimismo, señala que el Tribunal se pronunció sobre una eficacia no controvertida.

También solicita aclarar por qué el Laudo no considera revisar el fondo de la liquidación realizada por la Entidad. A su vez, solicita que se integre al laudo que el consorcio no presentó una liquidación del contrato, sino un cuadro resumen de intereses.

Señalan, además, que el Tribunal ha omitido resolver sus pretensiones sobre dejar sin efecto la Res. N°691-2009 debido a que la Resolución directoral N°1150 ya había quedado consentida.

Al respecto, el Tribunal señala que este tipo de solicitudes no tiene naturaleza impugnatoria.

Así, señala que el consorcio le solicitó que se declare sin efecto la Res. 691-2009 y eso fue lo que analizó, determinando que dicha resolución no fue ni irregular ni extemporánea.

Asimismo, menciona que en cuanto a la Resolución Directoral N°1150-2006, el mismo consorcio, señaló que el Tribunal no podía pronunciarse debido a que ello implicaría que se ventile un documento de la contraloría.

Finalmente señala que el consorcio no ha demandado la validez de la liquidación presentada por la Entidad, pues únicamente solicitó si esta debería o no tener efectos.

Es por todo ello, que el Tribunal Arbitral declara improcedente la solicitud de integración e interpretación de laudo.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

1. En cuanto a las liquidaciones del contrato de obra presentadas por el consorcio JOHESA UPACA y PROVIAS NACIONAL, ¿cuál de ellas sigue el procedimiento regular para liquidar el contrato?
 - 1.1. ¿la liquidación del contrato realizada por el consorcio JOHESA UPACA siguió con el procedimiento regular?
 - 1.2. ¿la liquidación del contrato realizada por PROVIAS NACIONAL siguió con el procedimiento regular?

3.2 Problemas secundarios

1. ¿El hallazgo de contraloría podía invalidar la ampliación de plazo N°03 otorgada por PROVIAS NACIONAL y afectar la liquidación del contrato?
2. ¿El Tribunal Arbitral tenía competencia para pronunciarse respecto al enriquecimiento sin causa?
3. ¿El Tribunal Arbitral tenía competencia para decidir sobre la reconvencción?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Si bien es cierto que el consorcio JOHESA UPACA presenta su liquidación luego de haberse realizado la recepción de la obra, este no tomó en cuenta que existía una controversia pendiente por resolver y, en consecuencia, dicha liquidación no habría quedado consentida puesto que sin dar solución a tal controversia no se podría obtener el monto certero de la liquidación final.

Es así que, al haber incumplido con dicho mandato normativo, el contratista no pudo liquidar la obra en dicha oportunidad. Si bien, de acuerdo a el Laudo Arbitral N°01, se ordenó el pago de un monto al contratista, ello fue a causa de la controversia sobre la AP N°09, sin embargo, ello no terminaba de liquidar el contrato, puesto que correspondía añadir a la misma el saldo de los intereses, correspondiendo modificar dicha liquidación y permitiendo a la Entidad, luego del plazo correspondiente, a observarla o contrariarla presentando una nueva, tal como sucedió.

Por otro lado, si bien es cierto que la Entidad presentó su liquidación dentro de los plazos establecido en la ley, esta incorpora dentro de ella conceptos que en su debida oportunidad fueron válidamente aprobados, justificándose en un hallazgo de la CGR, lo cual debió ser revisado por el Tribunal Arbitral a fin de que el contrato pueda ser finiquitado en su totalidad, sin que se realice un cobro o pago erróneo, trayendo un perjuicio para alguna de las partes.

Es de esa manera que considero que el Tribunal Arbitral debió declarar la procedencia de la reconvención presentada por la Entidad, puesto que si guardaba relación con la solicitud del contratista ya que ambos requerimientos versan sobre el mismo contrato.

Por otro lado, respecto al enriquecimiento sin causa, corresponde señalar que, en conformidad a la ley aplicable al caso, esta materia si podía ser arbitrable, sin embargo, coincidimos con el Tribunal al haber declarado improcedente la pretensión del contratista respecto a dicho extremo, puesto que la usó como pretensión accesoria, sin tener en cuenta que esta se solicita solo de manera subsidiaria.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Si bien es cierto que el Tribunal efectuó un análisis formal sobre los requisitos señalado en la ley para la presentación de la liquidación, examinando el procedimiento para la realización de la misma, de manera que con ello se pudo determinar la forma y oportunidad correspondiente para su debida presentación; considero que el Tribunal Arbitral pudo haberse pronunciado, además, sobre el fondo de la controversia determinando si era correcto o no declarar si el monto

de S/. 120,301'28 correspondería ser incluido en la liquidación, misma que fue realizada por la Entidad y fue presentada como parte de su reconvención, pero fue denegada por el Tribunal.

Es de esa manera que correspondía que las partes tengan conocimiento sobre el monto de la liquidación final a fin de dar por concluido el contrato, por lo que era de gran necesidad tener en cuenta las pretensiones solicitadas por PROVIAS NACIONAL en su reconvención, como también la argumentación del consorcio respecto a la AP N°03.

A raíz de ello, correspondía emitir pronunciamiento respecto a la posibilidad de la inclusión o no de los mencionados 6 días indebidos que fueron otorgados mediante la AP N°3, a fin de que no se produzca un enriquecimiento sin causa o, por otro lado, un perjuicio para la Entidad. Es por ello que, en el presente informe, además de determinar el procedimiento regular de presentación de la liquidación, corresponderá, a su vez, determinar también hasta donde alcanza la competencia del Tribunal para determinar el monto final de la misma.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. MARCO TEÓRICO

Con la finalidad de lograr un mejor entendimiento y tener un mayor acercamiento a temas relacionados a las contrataciones públicas en nuestro país, es necesario hacer una recapitulación de los siguientes términos, mismos que servirán de guía para realizar el análisis del caso que nos compete.

CONTRATO PÚBLICO O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Respecto a ello, Salazar señala que “es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública”. (2004, p. 37).

Cabe señalar que los contratos que suscribe el Estado no guardan total equivalencia con los contratos suscritos entre privados. Ello es así ya que la sola presencia del Estado como parte implica que, debido a las prerrogativas con la

que esta cuenta, los contratos se ejecuten otorgándole ciertas potestades bajo la finalidad última de interés público.

Ahora bien, dichas prerrogativas no significan que las decisiones de la administración puedan ser arbitrarias, puesto que estas tienen que ser motivadas y razonables y, asimismo, aplicadas de conformidad con el principio de legalidad.

Es de esa manera, entonces, que las Entidades ejecutan sus contratos a través de actos administrativos, de manera que es fundamental que los oficios, resoluciones e informes emitidos por estas cumplan con los requisitos de validez estipulados en el artículo 3 de la LPAG.

En ese sentido se puede decir que “los actos emitidos por las entidades durante la ejecución de contratos administrativos no son actos meramente contractuales, sino administrativos, debido a que son emitidos en ejercicio de la función administrativa, surtiendo efectos en la esfera jurídica del administrado”. (Aparcana, 2020, p. 29).

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

El contrato de ejecución de obra pública, siempre tendrá como una de las partes contratantes a una entidad del Estado, misma que encargará a un contratista la ejecución de un proyecto, usualmente mediante concurso público, a cambio de una contraprestación. Al respecto, cabe tener en cuenta que dicha contratación tiene como fin el asegurar el interés público.

En ese sentido, como señala Morón (2017), este tipo de contratos se ejecutan teniendo en cuenta la propia organización de la Entidad puesto que previa a la realización de las obras es necesario contar con un expediente técnico que cuente con especificaciones técnicas, metrados, calendarios, etc, que permita su correcta ejecución, de manera que este tiene que ser debidamente aprobado por la misma.

Por su parte, si bien es cierto que los contratos administrativos cuentan con prerrogativas propias de la administración, cabe aclarar que estas no pueden ser ejercidas más allá de lo señalado en la norma, pues es necesario tener en cuenta el principio de legalidad que rige en las actuaciones de las entidades públicas.

AMPLIACIÓN DE PLAZO

El Estado hace alarde de sus prerrogativas o poderes exorbitantes al negar o conceder una AP, puesto que ello conlleva a la modificación del contrato de obra, mismo que supone una variación unilateral por parte de la Entidad. Si bien es cierto que será el contratista quien la solicite, ello no es suficiente para ser otorgado, pues todo dependerá de la decisión última de la Entidad, ya que tendrá que analizar si dicho pedido es necesario y se encuentra debidamente motivado.

En ese sentido, cabe mencionar que las AP forman parte de la fase de ejecución contractual de la contratación pública y el reglamento de la ley⁸ señala que las AP proceden cuando se modifica el calendario de avance de obra vigente, siempre que se ocurran las causales de: i) Atrasos y/o paralizaciones ocurridas por causas que no sean imputables al contratista, ii) Atrasos en el cumplimiento de las prestaciones imputables a la Entidad y iii) por caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, las AP producirán que el plazo de ejecución de obra programado primigeniamente se prorrogue para fechas posteriores debido a las diferentes circunstancias que provocaron su solicitud y su consecuente aprobación.

Asimismo, en conformidad al artículo 260 del RLCAE, estas darán lugar a que la Entidad realice el pago de mayores gastos generales, los que se calculan teniendo en cuenta el número de días de la AP multiplicados por el gasto general diario. Es así que Velásquez (2011), señala que el contratista tendrá el derecho de recibir una AP, con sus correspondientes mayores gastos generales, cuando ocurran hechos sobrevinientes a la celebración del contrato de obra, que no sea atribuibles al contratista.

Asimismo, cabe mencionar que, de existir controversias respecto a su otorgamiento, estas podrán ser resueltas mediante conciliación o arbitraje dentro de los 15 días siguientes de la comunicación de la decisión de su aprobación.⁹

En ese sentido, en el presente caso, compete hacer mención de las AP debido a que su aprobación supuso que el precio final de la ejecución de la obra haya sufrido un aumento a causa del otorgamiento de los correspondientes mayores

⁸ Artículo 260 del RLCAE.

⁹ Artículo 232 del RLCAE

gastos generales. En ese sentido, la discusión respecto a ellas se centrará en su debida aprobación u observación a fin de determinar si correspondía o no su inclusión en la liquidación. Así, para efectos de este análisis, nos remitiremos a dos ampliaciones de plazo, la AP N°03 y la AP N°09.

5.2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA PRINCIPAL:

EN CUANTO A LAS LIQUIDACIONES DEL CONTRATO DE OBRA PRESENTADAS POR EL CONSORCIO JOHESA UPACA Y PROVIAS NACIONAL, ¿CUÁL DE ELLAS SIGUE EL PROCEDIMIENTO REGULAR PARA LIQUIDAR EL CONTRATO?

5.2.1. ¿QUÉ ES LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO?

Preliminarmente, cabe señalar que, a fin de poder culminar la ejecución contractual y con ello, liquidar un contrato de obra corresponde su debida recepción y conformidad, mediante un informe del funcionario responsable del área usuaria¹⁰, a fin de determinar la calidad de la prestación y el cumplimiento de la obligación.

Ello es relevante ya que el artículo 269 del RLCAE señala que la liquidación se presenta luego de 60 días o 1/10 del plazo de ejecución vigente (el plazo que sea más extenso), contados desde el día siguiente de recepcionada la obra.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿qué es la liquidación del contrato de obra? Morón y Zita (2017), señalan que es el proceso mediante el cual se calcula los pagos, obligaciones y deudas a fin de determinar el monto total que se utilizó en la ejecución y para calcular el saldo a favor o en contra, ya sea de la Entidad o del contratista.

En la misma línea, Salinas (2003) señala que es un procedimiento de cálculo técnico que tiene el objetivo de determinar cuál es el costo total de la obra, así como la fijación del saldo, mismo que podrá ser a favor o en contra de alguna de las partes. Asimismo, el artículo 43 del TUO de la LCAE señala que mediante la liquidación del contrato se da por culminado el mismo.

¹⁰¹⁰ Artículo 233 del RLCAE

Por su parte, la opinión N°119-2005/GTN¹¹, respecto a la liquidación del contrato de obra, señala lo siguiente:

Tiene como propósito, además, verificar la corrección de las prestaciones a cargo de la Entidad y del contratista, constituyendo un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y mayores gastos generales, el quantum final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato. (2005, p.2)

Es así que, es posible afirmar, para este caso que, luego de que el contratista haya concluido con la ejecución del objeto contractual y, asimismo, con su posterior conformidad y debida recepción de obra, corresponde que este haga entrega, dentro del plazo establecido en la norma¹², de la liquidación del contrato, a fin de tener conocimiento del costo total que implicó la ejecución de la obra y si corresponde algún pago o devolución entre las partes.

Teniendo en cuenta todo ello, es necesario analizar entonces si la liquidación presentada por el consorcio JOHESA UPACA habría quedado o no consentida, como bien lo señala el contratista o, por otro lado, si la liquidación realizada por PROVIAS NACIONAL fue presentada en la oportunidad correspondiente.

5.2.2. ¿CUÁL ES EL PROCEDIMIENTO REGULAR PARA LIQUIDAR UN CONTRATO DE OBRA?

El procedimiento regular para liquidar el contrato de obra se encuentra contenido en el TUO de la LCAE y su reglamento. Así, el artículo 43 del TUO indica que el contrato de obra concluye con su respectiva liquidación, misma que será elaborada por el contratista y presentada a la Entidad. Ello es reforzado por lo establecido en el reglamento ya que profundiza la forma, oportunidad y procedimiento de como esta debe ser presentada.

Así, el artículo 269 del RLCAE señala que la liquidación será presentada con su debido sustento, dentro del plazo de 60 días o de 1/10 del plazo de ejecución de obra (correspondiendo aplicar el plazo que sea mayor). Respecto a ello, la

¹¹ Aplicable al TUO de la LCAE y su reglamento.

¹² 60 días.

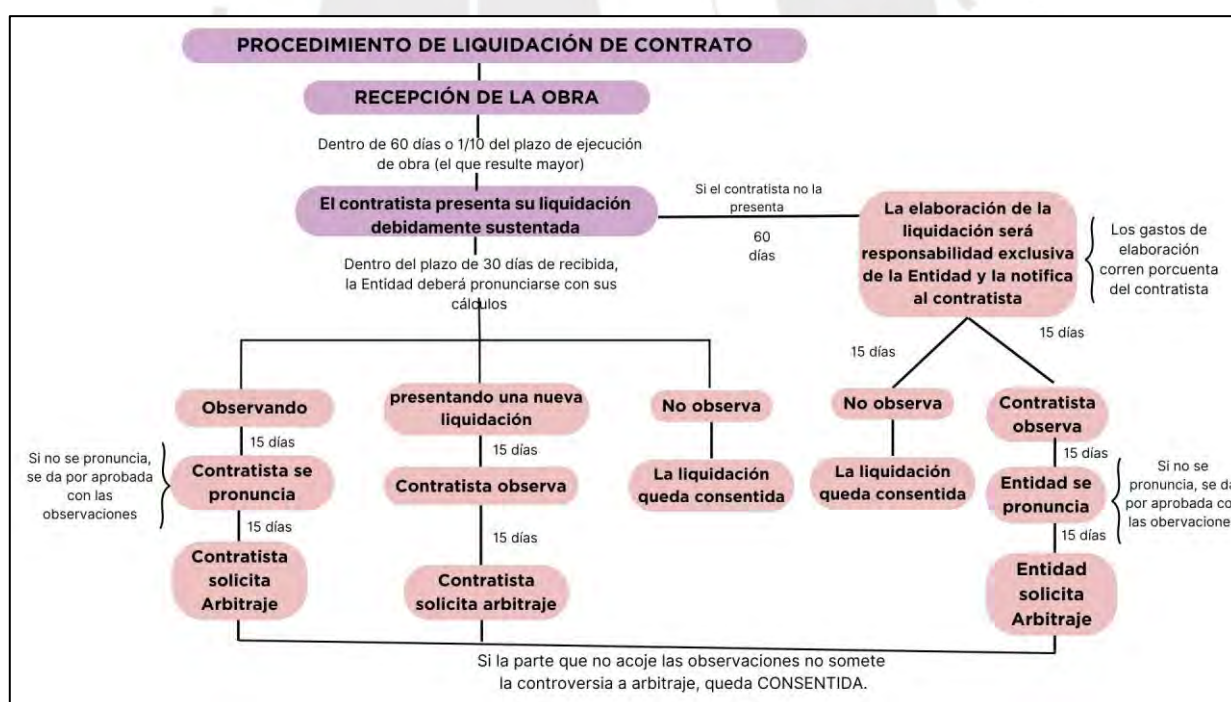
Entidad contará con el plazo de 30 días a fin de observar dicha liquidación o de elaborar una nueva, lo cual será notificada al contratista otorgándole 15 días para que se pronuncie si así lo considerase necesario.

Asimismo, cabe recalcar que el consentimiento de la liquidación ocurre cuando esta no sea observada por ninguna de las partes dentro del plazo establecido.

Es importante recordar que, de acuerdo al artículo citado previamente, las controversias que pueden suscitarse a raíz de este tipo de contratos serán resueltas mediante la conciliación o la vía arbitral.

En ese sentido, si ya sea que la Entidad o el contratista, no se encuentra de acuerdo con las observaciones realizadas por su contraparte, cualquiera de estas podrá solicitar su revisión vía conciliación o arbitraje, con la finalidad de que sea un Tribunal Arbitral el encargado de resolverla.

Así, para esquematisar el procedimiento de liquidación previamente señalado, se presenta el siguiente gráfico:

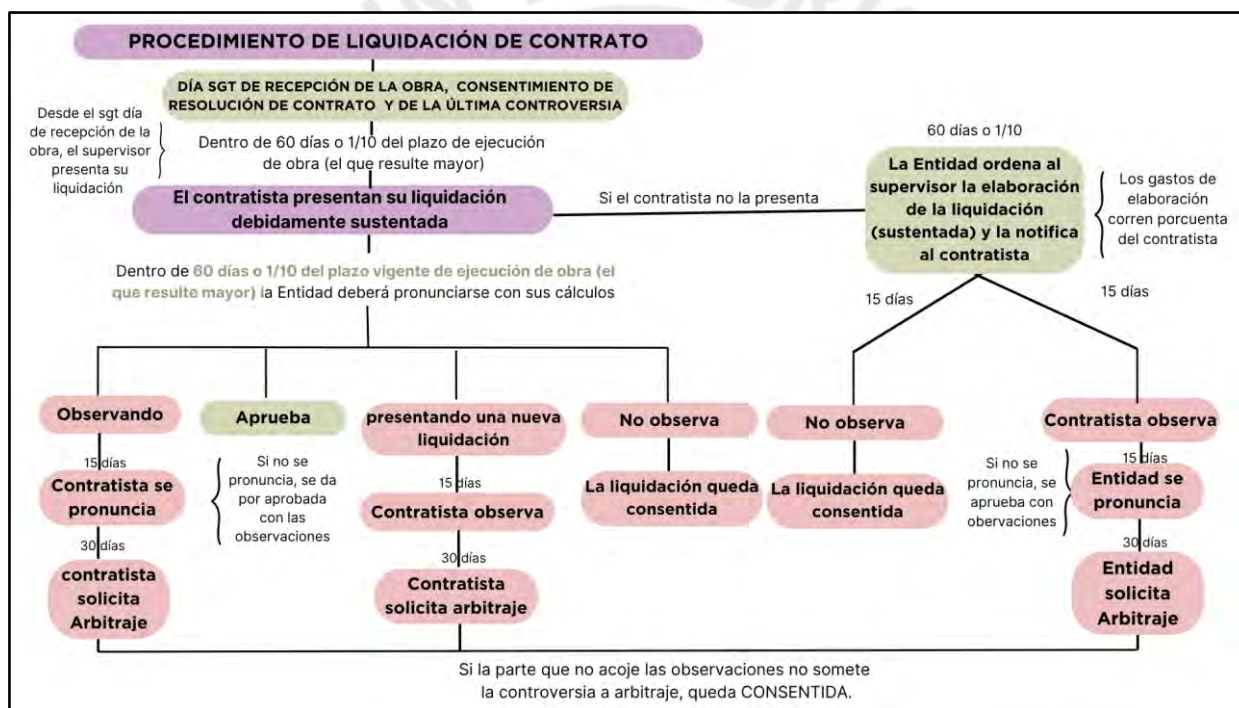


Fuente: Elaboración propia. Cuadro 1.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el RLCAE señala que no se procederá con la liquidación del contrato en tanto existan controversias que se encuentren pendiente de resolver.

Ello tiene su fundamento en que, al existir controversias pendientes, no se podría determinar de manera certera los montos correspondientes a la liquidación final, por lo que es necesario que las controversias se resuelvan antes de presentar la liquidación, a fin de que esta última pueda contar con el monto total y final del contrato.

Por otro lado, cabe señalar que, en la normativa actual, en el artículo 209 del Decreto Supremo N°344-2018-EF, reglamento de la ley de contrataciones con el Estado, el procedimiento para realizar la liquidación del contrato de obra si bien ha sufrido ciertas modificaciones, estas no han sido sustanciales, tal como se señala en el siguiente esquema:



Fuente: Elaboración propia. Cuadro 2.¹³

Asimismo, cabe mencionar que, en la legislación actual, tampoco es posible liquidar la obra al existir controversias pendientes de resolver.

¹³ Cabe mencionar que las diferencias entre el Cuadro 1 y 2, están representadas en los gráficos verdes.

En ese sentido, la normativa actual señala explícitamente que la liquidación del contrato se deberá presentar dentro de los 60 días siguientes¹⁴, como es en este caso, del consentimiento de la última controversia. En ese sentido, al existir la controversia respecto a la ampliación de plazo N°09, no se podía liquidar el contrato en dicha oportunidad, de manera que correspondía presentarla cuando esta última hubiese sido resuelta.

5.2.3. ¿LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO REALIZADA POR EL CONSORCIO JOHESA UPACA SIGUIÓ CON EL PROCEDIMIENTO REGULAR?

Luego de la recepción de la obra, misma que no contó con observaciones por parte de la Entidad, el consorcio JOHESA UPACA presentó su liquidación con fecha 10 de agosto del 2007, la cual se realizó dentro del plazo de 60 días señalado por el RLCAE.¹⁵

Sin embargo, dicha liquidación fue observada por la Entidad debido a que el cálculo en relación al saldo a favor del contratista difería entre las partes y, a su vez, se hizo hincapié en que, a la fecha en el que el contratista presenta su liquidación, las partes contaban con una controversia pendiente respecto a la AP N°09.

Ello configuraba un impedimento para que el contrato pueda ser liquidado, lo cual sería corroborado por la Opinión N°023-2021/DTN que señala lo siguiente¹⁶: “La existencia de controversias pendientes de solución puede afectar –en mayor o menor medida- la determinación de dicho saldo, el Reglamento ha dispuesto que mientras haya controversias pendientes de solución no se deberá efectuar la liquidación del contrato”. (2021, p.3)

A raíz de ello, se genera una nueva controversia que fue acumulada en la que estaba pendiente, siendo ambas resueltas mediante Laudo Arbitral N°01 de fecha 27 de enero del 2009, el cual resolvía que la Entidad pague al consorcio la suma de S/. 259,926.92, misma que fue cancelada por PROVIAS NACIONAL.

¹⁴ O 1/10 del plazo contractual vigente. (Según cuál de ellos resulte mayor)

¹⁵ Art. 269 del RLCAE.

¹⁶ Cabe señalar que, si bien dicha opinión es del año 2021, las disposiciones normativas, respecto a la no arbitrabilidad de la liquidación cuando hay controversias pendientes, no han cambiado en contraste al reglamento, aprobado por DS. N°084-2004-PCM.

Es por ello que el contratista señala que su liquidación habría quedado legalmente consentida.

Al respecto, cabe preguntarnos si la liquidación presentada por el contratista ha quedado legalmente consentida. Así, el artículo 269 del RLCAE, señala que esta quedará consentida cuando no medien observaciones realizadas por la contraparte. Dichas observaciones, según la Opinión N°119-2005/GTN deben versar respecto a la inconformidad de su contenido, esto es, a cerca de los aspectos económicos consignados en ella. (2005, p.5).

Por su parte, la Opinión N°100-2005/GTN señala que la liquidación final del contrato se entenderá por aprobada cuando quedase consentida o cuando mediante laudo arbitral se resuelva los conceptos controvertidos vinculados a ella. (2005, p4). Si bien es cierto que en Laudo N°01 se ordenó que la Entidad realice un pago a favor del consorcio, ello no implicó que la liquidación final haya quedado resuelta, debido a que el Tribunal se sustentó en lo siguiente:

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que, conforme se señaló respecto del quinto punto controvertido, la realización de la liquidación de obra era improcedente al haber controversias pendientes de ser resueltas, y que iban a afectar directamente el resultado de la misma; no obstante ello este Colegiado puede advertir que aún cuando la elaboración de la liquidación hubiera sido procedente, la misma no habría quedado consentida, en el presente caso, en tanto PROVIAS sí procedió a observarla en el plazo oportuno.

En ese sentido, el propio Tribunal que resolvió el laudo Arbitral N°01 ya había determinado previamente que la presentación de la liquidación final del contrato de obra que presentó el consorcio no había quedado consentida.

Es de esa manera que correspondía que el contratista presente su liquidación del contrato cuando las controversias hubiesen sido resueltas, a fin de poder determinar un monto certero correspondientes a las prestaciones realmente ejecutadas.

Si bien es cierto que PROVIAS NACIONAL realizó el pago del monto dispuesto en el Laudo N°01, ello fue así debido a que este es de obligatorio cumplimiento y porque con ello se resolvió la controversia sobre a la AP N°09, quedando pendiente el pago de los intereses legales.

Sin embargo, el contratista manifiesta que dicho pago configuraba la aceptación de la Entidad de su liquidación y que, debido a ello, esta última ya quedaba consentida, sin embargo, no es posible aplicar tal interpretación, puesto que con el pago realizado no se terminaba de cubrir el monto total que el contratista había utilizado en la ejecución de la obra.

Sobre ello, la Opinión N°119-2005/GTN, respecto a las consideraciones a tenerse en cuenta que “en la liquidación del contrato de obra deberán considerarse todas las valorizaciones mensuales, los reajustes, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, mayores gastos generales, los impuestos que afecten la prestación, penalidades, saldos, entre otros conceptos”. (2005, p3).

Es así que, la efectuación de dicho pago no sería suficiente para asumir que ese sería el último pago a realizar, puesto que se debió realizar el último cálculo pendiente, puesto que con lo resuelto en el Laudo N°01 se habían modificado los montos de las liquidaciones presentadas por las partes, asimismo, en ella se debió incluir los intereses pendientes.

Además, cabe tener en cuenta que la liquidación no había quedado consentida, puesto que fue oportunamente observada por la Entidad (dentro de los 30 días establecidos en el reglamento)¹⁷, ya que manifestó su desacuerdo respecto de los montos establecidos en la liquidación presentada por el contratista.

Con ello se puede concluir que el Laudo N°01, entonces, no liquidaba el contrato de obra, ya que aún existían montos por calcular, como la inclusión de los intereses legales, lo cual fue determinado mediante el cuadro resumen presentado a la Entidad, con fecha 18 de mayo del 2009, mismo que, a su vez, contaba con el debido sustento, cumpliendo así el requisito de forma de presentación de una liquidación.

Por tanto, de acuerdo a la interpretación del TUO de la LCAE y su reglamento, así como de las opiniones citadas, respecto al cálculo de la liquidación, se concluye que solo una vez resuelta la controversia sobre la AP N°9, mediante el Primer Laudo y resuelto el cálculo de intereses establecidos en el, a través del

¹⁷ Artículo 269 del reglamento.

cuadro resumen del 19 de mayo de 2009, se entendía presentada la liquidación final.

Asimismo, se puede decir que, esta habría quedado consentida siempre que no hubiese mediado observación alguna por parte de la Entidad durante los 30 días siguientes, conforme al artículo 269° del RLCAE, lo cual no sucedió, toda vez que la Entidad sí observó y además presentó su propia Liquidación dentro del plazo legal.

5.2.4. ¿LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO REALIZADA POR PROVIAS NACIONAL SEGUIÓ CON EL PROCEDIMIENTO REGULAR?

El consorcio JOHESA UPACA señala que la Entidad presentó su liquidación de manera irregular y extemporánea, de manera que corresponde analizar si ello se ajusta a la verdad.

Si bien es cierto que el contratista manifiesta que el cuadro resumen no corresponde a la presentación de su liquidación, puesto que únicamente se realizó a fin de que la Entidad pague los intereses pendientes. Al no haberse liquidado aún el contrato debido a la existencia de una controversia pendiente, cabía la integración del monto resuelto en el laudo a la liquidación, a fin de determinar los valores correspondientes de la misma.

Cabe decir que, no se ha establecido la forma específica en cómo debe presentarse una liquidación de contrato, por lo que es posible considerar a dicho cuadro como una, ya que, al ya no existir controversias pendientes, correspondía la presentación de la misma.

Al respecto, la opinión N°119-2005/GTN confirma lo antes dicho y establece como único límite para la presentación de la liquidación el precisar el costo total de la obra:

La norma legal no establece un contenido mínimo o forma que debe observarse en el documento de liquidación del contrato presentado por el contratista, éste se encontrará en la libertad de establecer la forma que empleará para elaborar dicho documento, (...), con la única limitación que dicho documento debe determinar con precisión tanto el costo total de la

obra, así como los saldos a favor o en contra de alguna de las partes del contrato. (2005, p.3).

Es así que, al contar con nuevos montos, distintos a los inicialmente presentados por el contratista en el año 2007, correspondía la realización de una nueva liquidación, de manera que el cuadro resumen en cuestión, sí configuraría como una modificación a dicha liquidación.

En ese sentido, el contratista sí habría presentado su liquidación con el cuadro resumen presentado el 18 de mayo de 2009, por lo que entonces, cabía la oportunidad para que la Entidad se pronuncie respecto a ella, ya sea observándola o, en su defecto, presentando una nueva. En este caso, PROVIAS NACIONAL presentó su liquidación de contrato con fecha 18 de junio de 2009.

Es por ello que, la Entidad si cumplió con el procedimiento regular señalado en la normativa de contrataciones para su presentación y, asimismo, dentro del plazo de 30 días posteriores a la presentación de la liquidación del contratista, esta cumplió con presentar la propia.

Es de esa manera que, se determina que, contrario a lo que señala el contratista, la liquidación del contrato presentada por PROVIAS NACIONAL no habría sido presentada de manera extemporánea, ya que la Entidad sí ha cumplido con los plazos señalados en la normativa de contrataciones para su presentación y, a su vez, siguió el procedimiento regular establecido en ella.

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que el Tribunal Arbitral se limitó solo a revisar la forma de presentación de la liquidación, más no analizó el fondo de la misma, señalando que las partes no solicitaron revisar la validez e ilegalidad de la Resolución N°691-2009, siendo ello determinante para obtener un cálculo certero de la liquidación del contrato.

Al respecto, es necesario tener en consideración el principio de congruencia, de manera que el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse más allá de lo solicitado por las partes, por lo que en el caso se ciñó a la literalidad de las pretensiones.

Sin embargo, cabe traer a colación el principio *iura novit curia*, referido a que el juez conoce el derecho. Al respecto, Hundskopf (2013) y Gutierrez (2021) coinciden en que dicho principio puede ser aplicable al arbitraje.

En ese sentido, Hundskopf (2013) señala que dicho principio permite aplicar el derecho pertinente cuando este haya sido mal invocado o cuando no haya sido invocado. Es así que, de los fundamentos de la demandante respecto a la imposibilidad de revisar la AP N°03 y de la reconvención del demandado, sobre la revisión de dicha AP se puede colegir que las partes requerían que se revise el fondo de ello a fin de poder determinar la liquidación final de la obra.

Asimismo, si bien es cierto que en la pretensión del demandante señala que “se deje sin efecto la liquidación de la Entidad...”, de la lectura conjunta de las demás pretensiones y de los sustentos de su demanda, se entiende que lo que busca verdaderamente es la nulidad de la resolución que aprueba la liquidación, por contener conceptos que no corresponden ser incluidos en ella, de manera que se requería revisar la validez de la misma.

Al respecto, la opinión N°104-2013/DT¹⁸, señala lo siguiente:

Si bien la liquidación de obra elaborada por la Entidad reemplaza, en principio, a la liquidación de obra elaborada por el contratista, puede suceder que, frente a las observaciones presentadas por las partes, la definición de la validez de las liquidaciones corresponda a un árbitro o tribunal arbitral. (2013, p.4)

Asimismo, respecto al laudo que tiene como controversia la liquidación del contrato señala que:

“El laudo emitido por el árbitro o tribunal arbitral debe contener las disposiciones necesarias que resuelvan la controversia en su totalidad, debiendo establecer claramente las condiciones u obligaciones que las partes deben cumplir para ello. Ello implica, de ser necesario, que en el laudo se definan los conceptos que deben incluirse en la liquidación de obra.” (2013, p.5).

En ese sentido correspondía, entonces, analizar la validez de la Resolución Directoral N°691-2009, a fin de poder determinar si los conceptos incluidos en ella eran correctos.

¹⁸ Si bien es cierto que dicha opinión fue emitida con posterioridad a los hechos del caso, desarrolla el tratamiento de la liquidación del contrato de obra en el arbitraje.

Cabe mencionar que en dicha liquidación se incorporaron conceptos nuevos, mismos que fueron sustentados respecto a un hallazgo de la CGR y a la carta de una funcionaria de la Entidad, respecto al presunto otorgamiento indebido de 6 días de la Ampliación de plazo N°03.

Entonces, para determinar la validez de dicha Resolución, es necesario remitirnos a la ley 24777, ley del procedimiento administrativo general, misma que en su artículo 3 establece los requisitos de validez de los actos administrativos, determinando que para que un acto sea válido, se tiene que tener en cuenta la competencia, el objeto, la finalidad pública, la motivación y si se actuó según el procedimiento regular. Sin embargo, dicho análisis no se realizó, puesto que el Tribunal Arbitral resolvió presumir la validez de dicha resolución.

5.2.4.1. RESPECTO A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N°03

Mediante R.D. N°1150-2006 del 02 de mayo del 2006, PROVIAS NACIONAL declaró procedente la solicitud de AP N°03 solicitado por el consorcio JOHESA UPACA, la cual otorgaba al contratista 23 días adicionales para la ejecución de la obra.

Sin embargo, en el año 2008, luego de haber realizado la recepción de la obra, la Entidad informa al contratista que, debido a un hallazgo de la contraloría, se determinó que se otorgaron 6 días indebidamente, por lo que corresponde que el consorcio se haga cargo de los gastos generales correspondientes a esos días, tanto del contratista, como de la supervisión, es por ello que señala, a su vez, que entonces correspondería un saldo a su favor, lo cual fue establecido en su última liquidación.

Al respecto, el Tribunal Arbitral, en el fundamento 85 del Laudo Arbitral N°02, señala lo siguiente:

"no consta en el expediente evidencia alguna de que la Resolución Directoral N° 1150 haya sido impugnada o cuestionada por alguna de las partes. Adicionalmente, no existe en el expediente, ni se ha hecho referencia alguna al acto administrativo que deje sin efecto o anule la referida ampliación de plazo, y tampoco ha sido materia de este arbitraje pronunciarse sobre la Resolución Directoral N° 1150; por lo que no existe elementos de juicio para pronunciarse al respecto, y aun existiendo, el Tribunal Arbitral no podría hacerlo por no ser materia de este arbitraje. A este respecto, cabe agregar, que en el presente arbitraje ninguna de las partes ha cuestionado la Ampliación de Plazo N° 03, ni la Resolución Directoral N° 1150 que la otorga".;

De ello se entiende que el Tribunal Arbitral señala que no puede pronunciarse más allá de lo que le fue solicitado en conformidad al principio de congruencia y que por ello no podría pronunciarse sobre la Resolución N°1150 teniendo en cuenta los límites de su competencia.

Sin embargo, cabe mencionar que, dentro del proceso, la Entidad además de su demanda, presentó una reconvención mediante la cual, solicitaba al Tribunal pronunciarse respecto a la AP N°03. Dicha reconvención fue declarada improcedente, sin mediar motivación suficiente.

De haber admitido la reconvención, el Tribunal pudo haberse pronunciado sobre ello a fin de determinar que monto, finalmente, correspondía a la liquidación del contrato y con ello cerrar definitivamente el contrato.

En ese sentido, de haberse determinado que la AP N°03 no podía ser observada luego de 3 años de su aprobación por la misma Entidad y, por lo tanto, no se podía descontar el monto estipulado por la Entidad correspondiente a los gastos generales, dicha liquidación no habría sido válida.

5.3. ANÁLISIS DE PROBLEMAS SECUNDARIOS

5.3.1. ¿EL HALLAZGO DE LA CGR PODRÍA INVALIDAR LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N°03 OTORGADA POR PROVIAS NACIONAL Y AFECTAR LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO?

Preliminarmente corresponde determinar la competencia de la CGR a fin de analizar si es que sus hallazgos podían tener injerencia en la variación del monto de la liquidación que nos compete.

Así, el artículo 10 de la ley N°27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, señala que “la acción de control supone la verificación, evaluación, objetiva y sistemática de los actos y resultados realizados por la Entidad en la gestión y ejecución de recursos, bienes y operaciones institucionales”.

Asimismo, el mencionado artículo indica que del resultado de las acciones de control se emitirán informes a fin de que la Entidad pueda mejorar su gestión, y dentro de ellos se podrá incluir el señalamiento de responsabilidades, mismas que podrán ser sancionadas por la Contraloría en conformidad al artículo 45 de dicha ley.

En la misma línea, cabe hacer mención a las atribuciones del sistema nacional de control, puesto que en el artículo 15.f, señala que del resultado de las acciones de control se emitirán informes, mismos que incluyen el sustento técnico y legal a fin de que posteriormente puedan emitir recomendaciones.

Así, se entiende que la CGR supervisa el uso de los recursos y bienes que administra el Estado a fin de prevenir e identificar actos irregulares y negligentes por parte de los funcionarios de cada Entidad, a fin de determinar responsabilidades, puesto que con ello se busca que las autoridades administren de manera adecuada y eficiente los recursos públicos, alejando su accionar de actos irregulares.

En el presente caso, PROVIAS NACIONAL, incorporó a su liquidación el monto correspondiente a los mayores gastos generales, tanto del contratista como del supervisor, de 6 días que, a su parecer, se otorgaron al contratista indebidamente. Asimismo, sustentan dicha decisión en un hallazgo realizado por la CGR.

Al respecto, cabe señalar que, de lo manifestado por la Entidad, se puede verificar que del hallazgo de la contraloría se concluyó que se otorgó indebidamente 06 días calendarios, mismos que generaron el pago de mayores gastos generales al contratista por S/ 99,350.96, así como se reconoció los mayores gastos generales correspondientes al servicio de supervisión ascendentes a S/. 95,993.58.

Sin embargo, la misma Entidad manifiesta, que la Ing. Magdalena Bravo, en su descargo del 11 de noviembre del 2008 informó a la CGR que se había equivocado con el cálculo de los montos en su hallazgo, por lo que procedió a corregir la suma de los mayores gastos generales correspondiente a la supervisión, misma que, señalan, ascendían a S/. 37,562.71 y no a S/. 95,993.58 como lo había indicado la contraloría.

Asimismo, según lo revisado en el expediente, la CGR aún no había emitido un informe final mediante el cual determinaba responsabilidades y emitía recomendaciones, pues, hasta ese entonces, se encontraba en la etapa de comunicación del mencionado hallazgo.

En cuanto al hallazgo de auditoría, Retamozo (2016) señala que este permite develar posibles errores o irregularidades, identificando el perjuicio o riesgo potencial ocasionado y cuál fue el motivo por el que se realizó el hecho deficiente. Asimismo, este debe ser oportunamente comunicado a las personas involucradas a fin de que se pronuncien. Si del resultado de la evaluación no se ha aclarado dichos hallazgos, estos deben consignarse como observaciones a fin de dar lugar a las recomendaciones y, asimismo, según la evaluación realizada se debe señalar responsabilidades.

En ese sentido, consideramos que el hallazgo de auditoría, mediante el cual este órgano comunica el supuesto error en el otorgamiento de la AP N°03 no es vinculante, puesto que el examen de control aún no ha concluido, pues no se cuenta con observaciones ni recomendaciones.

Además, es necesario dejar en claro que la AP N°03 fue solicitada por el contratista, pero aprobada por la propia Entidad con fecha 02 de mayo de 2006. A la fecha de presentación de la liquidación que contiene la observación a dicha ampliación, ya habían transcurrido más de 3 años. Es decir, En ese sentido, de haber surgido alguna controversia respecto a dicho otorgamiento, la Entidad contaba con 15 días¹⁹ para someterla a arbitraje, lo cual en este caso no sucedió.

Asimismo, cabe mencionar que el plazo para someter a arbitraje alguna controversia respecto a las ampliaciones de plazo, son de caducidad, pues así

¹⁹ De conformidad al artículo 232 del Reglamento de la LCAE

lo señala el artículo 273 del Reglamento. Es de esa manera que, al no haberla controvertido en la debida oportunidad, esta habría quedado consentida.

Es de esa manera que, de actuar de manera contraria se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica²⁰, puesto que la aprobación de dicha ampliación de plazo configura un acto administrativo válido y, además, consentido, ya que no existió controversia alguna respecto a su aprobación. Cabe mencionar que, a la fecha de haber sido presentada la Res. N°691-2009, ya habían transcurrido más de 3 años de haberse otorgado dicha ampliación de plazo.

Asimismo, en virtud de la teoría de los actos propios, como señala Santos (2010) la actuación de la administración no puede ser contradictoria con la conducta previa sobre hechos similares, puesto que se cuenta con la confianza de que esta no adoptará conductas confusas, de manera que luego de haber transcurrido tantos años, la Entidad no puede desconocer la aprobación de la AP N°03.

Es por ello que, cabe señalar que es necesario que las actuaciones de las Entidades se enmarquen dentro de la buena fe y la confianza, como también de la certeza de manera que, no cabe la posibilidad que la Entidad, en este caso, intente deshacer un acto administrativo que se otorgó de manera válida y que no tuvo cuestionamientos en el momento oportuno.

En ese sentido, el hallazgo de la CGR no podría invalidar la AP N°03, puesto que este, además de ser un examen de control inconcluso, tampoco fue oportuno, ya que la observación se realizó 3 años después de la aprobación de dicha AP, de manera que, la actuación de la Entidad, de interferir en dicho acto consentido, vulnera el principio de seguridad jurídica y, por ende, el principio de predictibilidad.

5.3.2. ¿EL TRIBUNAL ARBITRAL TENÍA COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE RESPECTO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA?

5.3.2.1. ¿Qué es el enriquecimiento sin causa?

²⁰ “la seguridad jurídica tiene como principio fundamental la idea de predictibilidad, es decir, que cada uno conozca de antemano las consecuencias jurídicas en sus relaciones con el Estado y los particulares. La seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en aplicación del derecho”. (Rivera, 2018).

El enriquecimiento sin causa tiene sus fundamentos en la justicia y la equidad, puesto que con ello se quiere evitar que ninguna persona resulte perjudicada en beneficio de otra, es decir que nadie pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de alguien más. Es así que, para reconocer que estamos ante un caso de enriquecimiento sin causa es necesario identificar, según la opinión N°083-2012/DTN²¹, lo siguiente: “a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.” (2012, p.

Asimismo, el Código Civil, en el artículo 1954, estipula que el que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo. A su vez, el artículo 1955 señala que esta pretensión no será procedente siempre que se pueda realizar otra acción a fin de obtener dicha indemnización, es decir, el enriquecimiento sin causa tiene carácter subsidiario.

5.3.2.2 ¿Es válida la excepción de incompetencia deducida por PROVIAS NACIONAL respecto al enriquecimiento sin causa?

El artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje señala que tanto las controversias de libre disposición como las señaladas en una ley o tratados pueden someterse a arbitraje.

En esa línea, cabe hacer mención al numeral 2 del artículo 53 del TUO de la LCAE, que establece que las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, es decir, existe una obligatoriedad del arbitraje para dar solución a conflictos que emerjan de los contratos de ejecución de obras.

Sin perjuicio de ello, cabe decir que las partes cuentan con el perfecto conocimiento de que las controversias que surjan en la contratación pública, en el marco del TUO de la LCAE y su reglamento, serán revisadas vía arbitral, de

²¹ Si bien es cierto que la opinión es del año 2012, es usada solo a efectos de conceptualizar términos.

manera que al aceptar contratar en dichas condiciones se formalizaría el consentimiento de las mismas para arbitrar las materias allí indicadas.

A su vez, es importante señalar que el artículo 2.2 de la ley de contrataciones señala que para el debido cumplimiento de los contratos que requiera el Estado para la ejecución de obras, este asumirá el pago del precio correspondiente y las demás obligaciones derivadas del contrato. Es de esa manera, que este tipo de contrato es uno de prestaciones recíprocas.

En ese sentido, se puede decir que, si el enriquecimiento sin causa ocurriese debido a que una de las partes no cumplió con su obligación de pago o, en su defecto, luego de realizarse el pago, la otra parte no cumpliera con su obligación de ejecutar alguna prestación, cabría solicitar dicha pretensión en un arbitraje, pues ello sería una controversia generada a raíz del contrato, lo cual se enmarcaría en lo estipulado en el artículo 53 del TUO, es de esa manera que cabe decir:

“El enriquecimiento sin causa puede tener origen contractual, por ejemplo, en el caso de los contratos administrativos. Esto se debe, obviamente, al gran nivel de formalismo alrededor de la contratación administrativa que produce un sinnúmero de situaciones en las cuales, habiéndose ejecutado efectivamente una prestación, ésta no es finalmente pagada”.
(Campos, 2006, p. 316).

Sin embargo, la doctrina maneja posiciones distintas puesto que hay quienes señalan que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones que distan del contrato, de manera que no se encontraría dentro del convenio arbitral, de manera que no podría ser arbitrable (Castillo y Sabroso, 2009, p. 260), de manera que al haber posturas diferentes y al no haber prohibiciones explícitas, el Tribunal tiene la competencia de decidir si es competente para revisar dicha materia.

Por su parte, el contrato de obra, en su cláusula décimo tercera, señala lo siguiente:

DÉCIMO TERCERA: CLÁUSULA ARBITRAL

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.

Asimismo, el artículo 274 del Reglamento señala que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, serán resueltos mediante arbitraje.

Es de esa manera que, como señalan Castillo y Sabroso, si el enriquecimiento sin causa surgió a causa de la ejecución del contractual, si nos enfrentaríamos a una materia arbitrable (2009, p. 261).

En ese sentido cabe mencionar entonces que de conformidad al TUO de la LCAE y su Reglamento, si es posible llevar a arbitraje pretensiones respecto al enriquecimiento sin causa, por lo que el Tribunal Arbitral sí sería competente para conocer dicha controversia.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que, en la normativa actual, es decir, en la ley 30225, ley de contrataciones del Estado, en el artículo 45 menciona que existe una prohibición expresa de arbitrar el enriquecimiento sin causa, de manera que para solicitarlo corresponde acudir a la vía judicial, pues entonces dicha materia no se encontraría dentro de la cláusula arbitral.

En cuanto al caso, respecto a la solicitud presentada por el contratista sobre el enriquecimiento sin causa, esta fue realizada de manera accesorio, ya que de no declararse fundada su pretensión respecto a su solicitud de indemnización por daños, solicitaba que el monto requerido sea pagado mediante indemnización por enriquecimiento sin causa, sin tener en cuenta el carácter subsidiario de esta figura, puesto que el artículo 1955 del Código Civil señala que al existir otra vía para ejercitar la acción, esta no sería procedente.

Es de esa manera que, el Tribunal Arbitral actuó conforme a ley a declarar improcedente dicha pretensión, puesto que si bien, la solicitud de indemnización por parte del contratista fue declarada infundada, con ello ya agotó la vía para solicitar dicha indemnización.

5.3.3. ¿EL TRIBUNAL ARBITRAL TENÍA COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE LA RECONVENCIÓN?

5.3.3.1. ¿Qué es la reconvención?

Gimeno señala que la pretensión de la reconvención está “yuxtapuesta a su escrito de contestación, que crea en el actor, a su vez, la carga de ejercitar, frente a la misma, su derecho de defensa, asumiendo, respecto a esta nueva pretensión el ‘rol’ de demandado” (Gimeno, 2007, como se cita en Gaceta Jurídica, 2015, p. 97)

Por su parte, Montero señala que “la reconvención va mucho más allá de la mera resistencia; no se trata ya de dar respuesta a la pretensión del sujeto activo, sino de interponer otra pretensión, que origina una acumulación de pretensiones” (Montero Aroca, 1979, como se cita en Gaceta Jurídica, 2015, p. 98).

En ese sentido, la reconvención implica que el demandado, en el mismo proceso en el que su contraria solicitó la demanda, pueda presentar sus propias pretensiones con la finalidad no solo de defenderse frente a lo que le atribuyen, sino también a fin de poder participar como demandante en el mismo proceso sindicando al demandante otras responsabilidades.

A su vez, cabe decir que el artículo 06 del decreto legislativo 1071, habilita a las partes a poder presentar su reconvención junto a la demanda. Es de esa manera, entonces, que el demandado en su contestación de demanda puede agregar sus propias pretensiones a fin de que estas sean discutidas en el mismo proceso, de manera que estas necesariamente deben estar vinculadas con las pretensiones del demandante para que el mismo Tribunal pueda revisarlos.

Es por ello que el Tribunal Arbitral, amparado en el artículo 445 del código civil²², ha señalado que es necesario que las pretensiones de la demandante tengan conexidad con las pretensiones de la reconvención del demandado. En el caso que nos compete, el Tribunal Arbitral señala que esa conexidad no existe puesto que

²² El artículo 445 del código procesal civil señala que la reconvención será procedente siempre que exista conexidad entre ella y la relación jurídica que fue invocada en la demanda.

no hay una vinculación lógica entre las pretensiones de las partes, sin ofrecer mayor motivación respecto a ello.

Cabe señalar que para Ticona (1999), la conexidad puede ser objetiva y subjetiva. La primera se refiere a que exista vinculación entre las pretensiones de la demanda y de la reconvención, mientras que la segunda, respecto a los sujetos. Asimismo, señala que la reconvención es procedente cuando la pretensión sea conexa con la relación jurídico material alegada en la demanda.

5.3.3.2. ¿Podía PROVIAS NACIONAL presentar su reconvención en el arbitraje?

Es necesario tener en cuenta que existen límites en la jurisdicción arbitral, pues habrá materias que no puedan ser arbitrables. Es así que, para definir el ámbito de aplicación del arbitraje, es necesario identificar la existencia y validez de la cláusula arbitral, mediante la cual las partes manifiestan su voluntad de que las controversias que surjan sean resueltas en vía arbitral.

En este caso, tanto en la cláusula 13 del contrato de obra como en el artículo 53 del TUO de la LCAE se determina que las controversias que surjan de la ejecución del contrato se resolverán por conciliación o arbitraje, cumpliendo así con el requisito de la arbitrabilidad objetiva, que para Caivano, implica las materias que legalmente puedan someterse a arbitraje (2013)

Así, cabe señalar que lo que ambas partes pretenden tanto en su demanda como en su reconvención se encuentran vinculadas al mismo contrato. Es decir, al contrato de ejecución de obra N°306-2005-MTC/20, puesto que lo que a grandes rasgos solicitan las partes es que se determine la liquidación de dicho contrato.

Entonces al ser la liquidación el tema que se estaría solicitando discutir, no cabría duda de que ello si sería materia arbitrable, puesto que su correcta formulación es relevante para poder dar por concluido el contrato de obra, es así que se puede decir que sí existen elementos comunes entre las pretensiones de ambas partes, pues el fin último es la liquidación del contrato, por lo tanto, si habría conexidad.

Es de esa manera que PROVIAS NACIONAL, dentro del arbitraje podía reconvenir cualquier materia dentro de los temas que competan al contrato de

ejecución de obra. En ese sentido, cuando la Entidad solicita que el Tribunal declare que la AP N°03 corresponde a menos días del que se otorgaron y que en consecuencia se incluya un saldo a favor de la Entidad en la liquidación, no estaría pidiendo nada fuera del alcance del contrato, si no que ello son parte de la ejecución del mismo.

Por otro lado, tenemos a la arbitrabilidad subjetiva la cual se refiere a “las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros” (Caivano, 2013, pp. 64), es decir, que debe existir identidad entre las personas que serán parte del arbitraje, pues el convenio arbitral solo vinculará a los sujetos que brindaron su consentimiento para arbitrar.

Al respecto las partes que se encuentran facultadas para debatir sus controversias en este arbitraje serían el CONSORCIO JOHESA UPACA y PROVIAS NACIONAL, y es a razón de ello que el Tribunal Arbitral señala que la controversia materia de reconvencción se dio debido a la AP que fue materia de hallazgo por la contraloría y que por lo tanto este no contaría con la competencia de pronunciarse respecto de una decisión de un tercero ajeno al proceso.

En ese sentido, cabe señalar que si bien fue la CGR quien le remitió a la Entidad información sobre el hallazgo respecto a la ampliación de plazo N°03, el hecho de que se discuta dicha materia no hace que la CGR sea parte del arbitraje y, tampoco, que la decisión respecto a la liquidación del contrato, afecte su esfera jurídica.

Es necesario tener en claro que, si bien la CGR remitió al Entidad dicho hallazgo, el examen de control aún no había concluido y aún no se habían determinado responsabilidades ni irregularidades como tal, de manera que PROVIAS NACIONAL al tenerlo en consideración, hace suyo el argumento del otorgamiento indebido de 6 días de la AP N°03 y, aunado a ello, cabe decir que los cálculos finales corresponden a una evaluación posterior que realizó una funcionaria de la Entidad.

Es así que PROVIAS NACIONAL no solicita al Tribunal Arbitral que revise el documento emitido por la CGR y se pronuncie respecto a él, lo que solicita es que realice una revisión desde el punto de vista contractual a fin de poder determinar la liquidación y con ello cerrar el contrato de obra.

Es por ello que, cabe decir que fue finalmente la Entidad quien decidió añadir a la liquidación los conceptos establecidos en el hallazgo de la CGR, realizando incluso modificaciones a lo señalado por dicho organismo, de manera que la decisión última respecto al supuesto monto indebido correspondiente a la AP fue de la Entidad, más no de la CGR. En ese sentido, el Tribunal Arbitral sí pudo haberse pronunciado respecto a dicho extremo.

Por otro lado, el Tribunal arbitral señala que de conformidad al artículo 23 de la ley 27785, ley orgánica del sistema Nacional de control el Tribunal Arbitral no resultaría competente para pronunciarse respecto a lo señalado por la CGR.

Al respecto, dicho artículo señala en qué casos no son aplicables el arbitraje, respecto a las decisiones de la Contraloría General de la República:

“En el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, (...)”

La legislación aplicable al caso no establece la injerencia de la CGR en los otorgamientos de ampliaciones de plazo, pues menciona supuestos específicos y taxativos en los que puede intervenir y que, a su vez, no serían arbitrables. Si bien es cierto que mediante controles simultáneos podría identificar alguna irregularidad, ello deberá ser informado a la Entidad mediante recomendaciones en la oportunidad correspondiente a fin de que sea la Entidad quien tome acción.

Asimismo, cabe señalar que la CGR puede realizar controles posteriores, pero ellos se realizan con la finalidad de tener conocimiento respecto al buen o mal uso de los recursos públicos, con el objetivo de determinar responsabilidades de los funcionarios encargados por el mal manejo de los fondos.

En síntesis, no se coincide con el Tribunal en su decisión de declarar improcedente la reconvención, puesto que no cabe duda que las pretensiones solicitadas por el demandado y el demandante se sustentaban en el mismo contrato, mismo que se quiere dar por concluido. Asimismo, se determinó que el pronunciamiento del Tribunal tampoco suponía una injerencia a las decisiones de un órgano externo, pues lo que se pretendía discutir eran las liquidaciones de

obra presentada por las partes. Sin embargo, cabe señalar que finalmente es el Tribunal Arbitral quien decide su competencia.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

El procedimiento para la presentación de liquidación de contrato de obra cuenta con requisitos establecidos en el reglamento de la LCAE, tales como plazos, oportunidad, impedimentos, etc. Uno de ellos establece que un contrato no puede ser liquidado si existe una controversia en curso, de manera que la liquidación presentada por el consorcio no habría quedado consentida.

Respecto a la liquidación realizada por la Entidad, si bien es cierto que cumplía con el procedimiento regular para su presentación, teniendo en cuenta las opiniones del osce, el principio iura novit curia, las pretensiones de la reconvencción y la finalidad de una liquidación de contrato de obra, consideramos que el Tribunal Arbitral debió revisar el fondo de la controversia a fin de poder determinar el valor final de dicha liquidación.

Si bien es cierto que es posible la aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje, cabe señalar que como límite a su aplicación está el principio de congruencia, de manera que solo el petitorio y los hechos que las partes aporten al caso pueden ser de conocimiento del Tribunal, sin que este resuelva considerando hechos distintos invocados por las partes.

En cuanto al consentimiento de la AP N°03 y su intento, por parte de la Entidad, de ser observado 3 años después, cabe decir que, de acuerdo a la teoría de los actos propios, esta no puede pronunciarse en sentidos contrapuestos, afectando la predictibilidad de sus acciones, la buena fe y la confianza legítima, pues ello afectaría la seguridad jurídica.

La normativa de contrataciones vigente en el año 2004 no contaba con la prohibición explícita de arbitrar el enriquecimiento sin causa. En ese entonces existían posiciones divididas al respecto, de manera que algunos tribunales si se declaraban competentes para revisar dicha materia. Actualmente, la normativa de contrataciones establece un impedimento expreso sobre la arbitrabilidad de

dicha materia, por lo que corresponde que dicha pretensión sea solicitada por vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparcana, Y (2020) *Los actos de ejecución contractual como actos administrativos en la normativa de contratación pública peruana*, [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo] Repositorio de Tesis Pucp. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/19050/APARCANA_SICCHA_CAROLINA_YASMIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Caivano, R (2013) Arbitrabilidad y orden público. *Revista Foro Jurídico*. 62-78 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>
- Campos, A. (2006) La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa a propósito de los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje* (3), 307-328.
- Cantuarias, F. (2003). El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. *Derecho & Sociedad*, (21), 282-287 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17381/17664>
- Castillo, M., & Sabroso, R. (2009). Materia Arbitrable en la Contratación Pública. *Derecho & Sociedad*, (33), 250-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17475>
- Danos, J. (2011). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 9-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>
- Gaceta Jurídica (2015) *Manual del proceso civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales*. División de estudios jurídicos de gaceta jurídica. Tomo II. 97-112

https://dataonline.gacetajuridica.com.pe/resource_gcivil/PubOnlinePdf/04082016/01-MANUAL-DEL-PROCESOCIVIL-TOMOII.pdf

- Gutiérrez, M. (2021). Principales riesgos y límites de la aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje nacional. *Ius Et Praxis* (52), 299-310. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5078>
- Huapaya, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius et Veritas*, (46), 284-329.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>
- Hundskopf, O. (2013) Aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje. *Ius Et Praxis* (44), 39-57.
https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/74/57
- Linares, M. (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo CDA*. (7), 175-190.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14020/14642>
- Morón, J. y Aguilera, Z. (2017) *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martín, R. (2012). La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo. *Revista Latinoamericana de Arbitraje*. (2), 279-297
<https://www.ipa.pe/ipa-publicaciones-anuario-latinoamericano-de-arbitraje-numero-2.php>
- Retamozo, A. (2016) *El procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional*. Gaceta Jurídica.
- Rivera, F. (2018) *La seguridad jurídica y la constitución peruana*. El peruano.
<https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/709/web/pagina02.html>

- Salazar, R. (2004). La Contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en cada contrato. *Derecho & Sociedad*, (23), 36-42.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16841>
- Salazar, R. (2009). Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 24-35.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14011>
- Salinas, M. (2003) *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG),44.
- Santistevan, J, (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*. (2), 15-66.
<https://ipa.pe/pdf/RPA-2006-II.pdf>
- Santistevan, Jorge (2010). La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. (3), 43-83
https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13171/1/Habilitacion_Santistevan_Arbitraje_2010.pdf
- Santos, A. (2010) Teoría de las autolimitaciones administrativas: actos propios, confianza legítima y contradicción entre órganos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo*, (9) 39-47.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13704/14328>
- Ticona, V. (1999). *La reconvención en el proceso civil*. Rhodas, 104-110.
- Velásquez, V. (2011). Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública. *Derecho & Sociedad*, (36), 30-34.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13206>

FUENTES NORMATIVAS:

- Ministerio de Economía y Finanzas (2005). Opinión N°100-2005/GTN
- Ministerio de Economía y Finanzas (2005) Opinión N°119-2005/GTN
- Ministerio de Economía y Finanzas (2012) Opinión N°083-2012/DTN

- Ministerio de Economía y Finanzas (2013) Opinión N°104-2013/DTN
- Ministerio de Economía y Finanzas (2021) Opinión N° 023-2021/DTN
- Decreto Legislativo N°1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (28 de junio de 2008) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967713>
- Decreto Supremo N°083-2004-PCM, TUO de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado, (29 de noviembre del 2004) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H669237>
- Decreto Supremo N°084-2004-PCM, reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, (29 de noviembre del 2004) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H669238>
- Ley 24777, Ley del Procedimiento Administrativo General. (10 de abril del 2001). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H805476>
- Ley N°27782, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, (23 de julio de 2002) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H829340>
- Código Civil. Decreto legislativo N°295, (25 de julio de 1984) <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>

ANEXOS

- Laudo Arbitral N°122-2010, de fecha 30 de junio del 2010

Arbitraje de Derecho seguido entre

CONSORCIO JOHESA-UPACA
(DEMANDANTE)

Y

PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL
(DEMANDADO)

LAUDO

Tribunal Arbitral

~~Manuel Diego Aramburú Yzaga~~
Hoover Olivas Valverde
Álvaro Loredo Romero

Secretario Arbitral *Ad-Hoc*
Juan José Pérez-Rosas Pons

Fecha de emisión: 30 de junio de 2010

En representación del Demandante
Ing. José Augusto Heighes Sousa
Dr. Juan Alejandro Oruna Bustamante

En representación del Demandado
Dr. Jaime José Vales Carrillo
Dr. Juan Miguel Rojas Ascón

63
Adm. de
Och.



182
aun to
och to y
an

67
Resolución
16

RESOLUCIÓN N° 16

Lima, 30 de junio de 2010

I. VISTOS:

1. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 14 de octubre de 2005, el Consorcio Johesa-Upaca (en adelante "JOHESA-UPACA") y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante "PROVIAS NACIONAL") suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 306-2005-MTC/20 para la "Obra de Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica, Tramo I Izcuchaca-Palca del Km. 0+000 al Km. 30+000" (en adelante el "Contrato").
2. De conformidad con la cláusula Décimo Tercera del Contrato y lo dispuesto por el artículo 274° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el "Reglamento"), cualquier controversia que pudiere surgir desde la celebración del Contrato, sería resuelta de manera definitiva mediante un Arbitraje de Derecho.

2. ANTECEDENTES AL PRESENTE ARBITRAJE

3. JOHESA-UPACA y PROVIAS NACIONAL suscribieron el Contrato en razón de que el primero había obtenido la buena pro de la Licitación Pública Nacional N° 001-2005-MTC/20 (en adelante la "Licitación"). El monto contractual de la obra ascendía a S/. 36'760,862.39 (Treinta y seis millones setecientos sesenta mil ochocientos sesenta y dos y 39/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, con precios referidos al mes de febrero de 2005, siendo el plazo de ejecución original de 360 días calendario.
4. En la cláusula Vigésimo Séptima del Contrato se pactó que éste se regiría por las Bases de la Licitación, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la "Ley"), el Reglamento, especificándose que, en caso de controversia, el orden de prelación de los documentos sería el siguiente: Bases Integradas,

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

R.S.

183
Cuenta
orden 104
7/21

66
Valverde
Loredo

Contrato, Propuesta Técnica y Económica, Planos, Especificaciones Técnicas.

2.1. La ejecución del Contrato y la recepción de la obra

5. Según ha manifestado por JOHESA-UPACA en su escrito de demanda (hecho que no ha sido negado por PROVIAS NACIONAL), durante la ejecución del Contrato, se otorgaron regularmente 15 ampliaciones de plazo, hecho que implicó que el plazo contractual establecido en 360 días calendario, se incrementa a 572 días calendario, siendo la fecha de terminación de la obra el 24 de mayo de 2007. Asimismo, se autorizaron 6 presupuestos adicionales y 3 deductivos, ejecutados, valorizados y cancelados en forma regular.
6. Al haber concluido los trabajos contratados dentro del plazo contractual, con fecha 24 de mayo de 2007, se anotó en el asiento N° 857 del Cuaderno de Obra la solicitud de recepción de la obra por parte de JOHESA-UPACA, conforme a lo pactado en la cláusula Décimo Séptima del Contrato y a lo previsto en el artículo 268° del Reglamento.
7. Con fecha 13 de junio de 2007, se produjo la recepción de la obra, siendo ésta recibida sin observaciones por parte de PROVIAS NACIONAL, empezando a computarse el plazo de 60 días para que el contratista presente su liquidación del Contrato, conforme lo establecido en las Bases Integradas, el Contrato y el artículo 269° del Reglamento.

2.2. La liquidación del Contrato

8. La liquidación del Contrato fue presentada por JOHESA-UPACA, dentro del plazo previsto en el artículo 269° del Reglamento, con fecha 10 de agosto de 2007, mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO, determinando un saldo a favor del contratista por la suma de S/. 937,808.18 (Novecientos treinta y siete mil ochocientos ocho y 18/100 Nuevos Soles), incluido el IGV. Sin embargo, debe dejarse constancia que a dicho momento existía una controversia entre las partes pendiente de resolver.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

184
ciento y
ochos

Tribunal Arbitral
 Manuel Diego Aramburú Yzaga
 Hoover Olivás Valverde
 Alvaro Loredó Romero

CAJ
 2007
 09/05/09

9. Dentro del plazo de 30 días a que se refiere el artículo 269° del Reglamento, y teniendo en consideración lo informado por el Supervisor del Contrato, Consorcio Cielo Azul (en adelante el "Supervisor"), y el Informe N° 270-2007-MTC/20.5-JUD, la liquidación del Contrato fue observada por PROVIAS NACIONAL determinando un saldo a favor de JOHESA-UPACA ascendente a la suma de S/. 435,050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles), incluido el IGV. Respecto a la diferencia de los montos de ambas liquidaciones y al no estar conforme con la observación de la liquidación del Contrato formulada por PROVIAS NACIONAL, JOHESA-UPACA decidió someter a arbitraje dicha liquidación.
10. Mediante Oficio N° 1017-2007-MTC/20 de fecha 06 setiembre de 2007, PROVIAS NACIONAL comunicó a JOHESA-UPACA que, existiendo una controversia en arbitraje referente al reconocimiento de prórroga y gastos generales correspondientes derivados de la Ampliación de Plazo N° 09, de acuerdo al artículo 269° del Reglamento no se procedería a la liquidación del Contrato, manifestando que los cálculos efectuados por el Supervisor y confirmados por PROVIAS NACIONAL arrojaban un saldo a favor de JOHESA-UPACA de S/. 435,050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles), incluido el IGV.
11. El arbitraje antes referido fue resuelto por el Tribunal Arbitral conformado por: la doctora Ana María Arrarte Arisnabarreta, en su calidad de Presidente; el doctor Augusto Millones Santa Gadea, en su calidad de Árbitro; y el doctor Luis Ubillas Ramírez, en su calidad de Árbitro, mediante Laudo de fecha 27 de enero de 2009 (en adelante el "Laudo") que ordenó a PROVIAS NACIONAL pagar a favor de JOHESA-UPACA la suma de S/. 259,926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, más intereses legales, por concepto de los gastos generales variables que se dejaron de valorizar.
12. PROVIAS NACIONAL, mediante Carta N° 469-2009-MTC/20.5 de fecha 08 de mayo de 2009, solicitó que JOHESA-UPACA adjunte la "documentación sustentatoria correspondiente y actualizada" respecto del Cuadro Resumen que previamente le había solicitado, referido a la liquidación de obra. Asimismo, señaló que conforme a lo ordenado en

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
 CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
 TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

RA:

185
 centos
 ochenta y
 cinco

64
Hoy
cambio

el Laudo, el pago de los intereses legales serían calculados a la fecha de cancelación del referido laudo y se incluirían en la respectiva liquidación de obra.

13. PROVIAS NACIONAL, mediante el Comprobante de Pago N° 02646 de fecha 13 de mayo de 2009, canceló a JOHESA-UPACA la cantidad de S/. 259,926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), incluido el IGV ordenada por el Laudo, quedando pendiente de pago el monto correspondiente a los intereses legales devengados.
14. Mediante Carta CS N° 0006-CJU-2009 de fecha 18 de mayo de 2009 (recepcionada por PROVIAS NACIONAL con fecha 19 de mayo de 2009), JOHESA-UPACA presentó un "Cuadro Resumen de la Liquidación Final de la Obra", a fin de especificar el monto de los intereses legales que quedaban pendientes de pagar en cumplimiento de lo ordenado en el Laudo, indicando que éstos ascendían a la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), incluido IGV.

2.3. La Resolución Directoral N° 691-2009-MTC/20

15. Con fecha 18 de junio de 2009, PROVIAS NACIONAL notificó a JOHESA-UPACA con la Resolución Directoral N° 691-2009-MTC/20 emitida en la misma fecha (en adelante la "Resolución Directora N° 691"), que aprobó administrativamente la liquidación del Contrato estableciendo además que:

- (i) el Costo Final de la Obra Ejecutada ascendía a S/. 44'800,681.62 (Cuarenta y cuatro millones ochocientos mil seiscientos ochenta y uno y 62/100 Nuevos Soles); y
- (ii) existía un saldo a favor de PROVIAS NACIONAL ascendente a la suma de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles).

16. La Resolución Directoral N° 691 toma como referencia a la Carta CS N° 0006-CJU-2009 presentada por JOHESA-UPACA y además se sustenta en el Informe N° 047-2009-MTC/20.5-AHP de fecha 02 de junio de 2009, documento que se remite a un Hallazgo de Auditoría al

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

[Handwritten signature]

186
con Fr
ochenta y
seis

57
Eduardo
oro

Proyecto respecto de la Ampliación de Plazo N° 03 efectuado por la Contraloría General de la República, y a la carta s/n de fecha 11 de noviembre de 2008, de la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza que contiene los descargos de la mencionada profesional al Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República.

2.4. La Ampliación de Plazo N° 03 y el Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República

17. Mediante Resolución Directoral N° 1150-2006-MTC/20 de fecha 2 de mayo de 2006 (en adelante la "Resolución Directoral N° 1150"), PROVIAS NACIONAL declaró procedente la Ampliación de Plazo N° 03, otorgando los 23 días solicitados por JOHESA-UPACA como consecuencia de dificultades técnicas experimentadas por la contratista en la ejecución del Contrato debido a la ocurrencia de lluvias extraordinarias en la zona de la obra.
18. El Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República a que se refiere la Resolución Directoral 691 es precisamente respecto al otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 03. Dicho hallazgo concluye que la ampliación otorgada a JOHESA-UPACA no debió ser de 23 días como se otorgó, sino de 17 días calendario.
19. En consecuencia, la Contraloría General de la República señaló que en la Ampliación de Plazo N° 03 se otorgaron indebidamente 6 días calendarios, generando el pago de mayores gastos generales al contratista por S/. 99,350.96 (Noventa y nueve mil trescientos cincuenta y 96/100 Nuevos Soles), así como la correspondiente prestación adicional de servicio al Supervisor de S/. 95,993.58 (Noventa y cinco mil novecientos noventa y tres y 58/100 Nuevos Soles)¹.

¹ En su carta s/n de de fecha 11 de noviembre de 2008, la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza indicó a la Contraloría General de la República, a modo de descargo, que el monto correcto del Hallazgo de Auditoría por las mayores prestaciones de supervisión no ascendía a S/. 95,993.58 (Noventa y cinco mil novecientos noventa y tres y 58/100 Nuevos Soles), sino a un monto total de S/. 37,562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos 71/100 Nuevos Soles), toda vez que se trata de un error de cálculo. Lo anterior supone, que el monto total del hallazgo no es de S/. 195,344.54 (Ciento noventa y cuatro mil trescientos cuarenta y cuatro y 54/100 Nuevos Soles), sino S/. 136,913.67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles).

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 305-2005-MTC/20)

187
cumplido y
2012

187
cumplido y
2012

64
Manuel
Yzaga

3. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

3.1. Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral

20. Habiéndose suscitado una controversia entre las partes respecto a la liquidación final del Contrato, JOHESA-UPACA procedió a solicitar el inicio del arbitraje, designando como árbitro al doctor Hoover Olivas Valverde. Por su parte, PROVIAS NACIONAL contestó la mencionada solicitud arbitral designando como árbitro al doctor Alvaro Loredó Romero. Ambos árbitros procedieron a designar como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Manuel Diego Aramburú Yzaga.

3.2. Audiencia de Instalación e inicio del proceso arbitral

21. Con fecha 09 de setiembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral con la presencia del representante de JOHESA-UPACA y el representante de PROVIAS NACIONAL. En dicha audiencia los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron la aceptación del cargo y las partes asistentes manifestaron su conformidad con la designación señalada, quedando firmes las reglas del arbitraje contenidas en la respectiva Acta de Instalación.
22. Por otro lado, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se estableció que en aplicación del artículo 53° de la Ley, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.
23. Asimismo, se estableció que el arbitraje se regiría de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación antes indicada y, en su defecto, en lo dispuesto en la Ley; el Reglamento; el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante la "Ley de Arbitraje"); y, en caso de vacío o deficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería la controversia de manera definitiva del modo que considere más apropiado, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

M.D.

188
cumto
obras
ohw

63
1/27

24. Finalmente, en dicho acto el Tribunal Arbitral declaró abierto el arbitraje y otorgó a JOHESA-UPACA el plazo de 15 días hábiles a fin de que cumpla con presentar su escrito de demanda.

3.3. Demanda arbitral

25. Mediante escrito de fecha 29 de setiembre de 2009, JOHESA-UPACA presentó, dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, su escrito de demanda arbitral formulando las siguientes pretensiones:

a) Primera Pretensión:

Que se declare sin efecto la Liquidación de Parte que PROVIAS NACIONAL ha aprobado en forma irregular y extemporánea, mediante la Resolución Directoral N° 691 respecto del Contrato, determinando un supuesto saldo en contra del contratista, por un monto de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), declarándose inexistente dicho saldo y restableciéndose la real liquidación consentida, así como la deuda de PROVIAS NACIONAL por S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles).

b) Segunda Pretensión:

Que se declare que PROVIAS NACIONAL ha consumado un cobro indirecto indebido, al descontar -unilateralmente y con ventaja-, en forma real, intencionada y efectiva, vía una nueva e improcedente Liquidación de Parte, la cantidad de S/. 136,913.67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles), disponiendo una compensación similar de la cantidad de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), monto que reconoce adeuda a JOHESA-UPACA por concepto de intereses.

c) Tercera Pretensión:

Que se disponga que PROVIAS NACIONAL deba de pagar una indemnización a favor de JOHESA-UPACA, por el perjuicio que irroga a ésta el dolo civil con que la entidad ha

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIÁ SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

19

189
Cuentos y
nuevos

*62
depto 1
2/5*

procedido al efectuar la liquidación extemporánea, omitiendo comunicar a la Contraloría General la evidente imposibilidad legal de dejar sin efecto la Ampliación de Plazo N° 03 y distorsionando disposiciones legales expresas sobre los términos y etapas de una liquidación, configurando dolo civil. Se estima como monto indemnizatorio, en esta pretensión, la cantidad de S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que correspondan luego de producido el laudo correspondiente.

d) Cuarta Pretensión:

En forma acumulativa originaria subordinada a la tercera pretensión, se disponga el pago de una indemnización ascendente a S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles), más los intereses que correspondan luego de producido el laudo correspondiente y hasta el día efectivo del pago, por la causal de enriquecimiento sin causa, debido a que la cantidad de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) que pretende cobrar PROVIAS NACIONAL, dejando de pagar la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), tiene como objetivo que dicha entidad y/o sus funcionarios responsables no respondan ante la Contraloría General por la cantidad de S/. 139,913.67 (Ciento treinta y nueve mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles).

e) Quinta Pretensión:

En forma acumulativa originaria accesoria a la primera pretensión, se disponga el pago de los intereses por la demora en el pago de la cantidad líquida ascendente a S/. 16,612.39, (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles) establecida por PROVIAS NACIONAL en cumplimiento del Laudo, contados desde el día de la notificación con la demanda arbitral, hasta el momento del pago efectivo, conforme a lo dispuesto por las Bases de la Licitación y, supletoriamente, por el artículo 49° de la Ley, concordante con el artículo 1324° del Código Civil.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

*190**190
cumto
movinto*

61
se
m

f) Sexta Pretensión:

Aún cuando el principio procesal de las costas y costos, establece que el pago de éstos corresponde a la parte vencida, JOHESA-UPACA hace extensivas sus pretensiones al pago de los mismos, especificando que éstos comprenden los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro Arbitral, retribución del Secretario del Tribunal, honorarios del abogado patrocinante y todos los demás que correspondan.

26. Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaban su demanda y pretensiones arbitrales.

3.4. Admisión de la demanda arbitral

27. Mediante Resolución N° 04 de fecha 13 de octubre de 2009, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda presentada por JOHESA-UPACA. Adicionalmente, en dicha Resolución, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios de JOHESA-UPACA y, se confirió traslado de la misma, así como de sus anexos a PROVIAS NACIONAL por igual plazo a fin de que éste proceda a presentar su escrito de contestación a la demanda arbitral. Dicha resolución fue notificada a PROVIAS NACIONAL con fecha 14 de octubre de 2009, según cargo de recepción que obra en el expediente.

3.5. Contestación, excepción de incompetencia y reconvenición de la demanda arbitral

28. Mediante escrito presentado con fecha 04 de noviembre de 2009, PROVIAS NACIONAL cumplió, dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, con presentar su escrito de contestación de la demanda arbitral interpuesta por JOHESA-UPACA, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que en su oportunidad ésta sea desestimada. Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su escrito de contestación a la demanda arbitral.
29. Adicionalmente, PROVIAS NACIONAL dedujo excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral respecto de la Cuarta Pretensión

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

RD

191
cuenta
corriente y
m

Cap
Sección

de JOHESA-UPACA referida a la PROVIAS NACIONAL debe indemnizar a JOHESA-UPACA por enriquecimiento sin causa.

▪ Excepción de incompetencia

30. Al respecto, PROVIAS NACIONAL señala que la categoría jurídica del enriquecimiento sin causa no es arbitrable, por lo que esta pretensión contenida en la demanda arbitra debía ser declarada improcedente.

▪ Reconvención

31. Asimismo, PROVIAS NACIONAL interpuso reconvención contra la demanda arbitral. Las pretensiones formuladas por PROVIAS NACIONAL son las siguientes:

a) Primera Pretensión:

Que el Tribunal Arbitral declare que la Ampliación de plazo N° 03 corresponde a 17 días y no a los 23 días otorgado por PROVIAS NACIONAL de conformidad por lo señalado por la Contraloría General de la República según los fundamentos antes señalados.

b) Segunda Pretensión:

Que el Tribunal Arbitral declare que el monto de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) sea incluido en la Liquidación final del Contrato como monto a favor de PROVIAS NACIONAL de conformidad con lo señalado por la Contraloría General de la República.

3.6. La admisión de la contestación a la demanda arbitral y de la reconvención

32. Mediante Resolución N° 05 de fecha 09 de noviembre de 2009, se tuvo por contestada la demanda arbitral y además se corrió traslado de la excepción de excepción, así como de la reconvención interpuesta,

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

192
cum to
mediante y
clm

Handwritten signature

siendo notificada a JOHESA-UPACA con fecha 12 de noviembre de 2009, según cargo que obra en el expediente.

3.7. Absolución de la contestación a la demanda arbitral y de la reconvencción

- 33. Mediante escrito presentado por JOHESA-UPACA con fecha 25 de noviembre de 2009, absuelve el traslado de la reconvencción y excepción de incompetencia deducidas por PROVIAS NACIONAL, solicitando que ambas sean declaradas improcedentes.
- 34. Mediante Resolución N° 07 de fecha 11 de enero de 2010, el Tribunal Arbitral declaró improcedente la reconvencción interpuesta, conforme lo expuesto en la citada Resolución; PROVIAS NACIONAL reconsideró la decisión del Tribunal Arbitral mediante escrito presentado con fecha 19 de enero de 2010, lo cual fue declarado infundado mediante Resolución N° 09 de fecha 03 de febrero de 2010, por las consideraciones jurídicas que en ella se exponen.

3.8. Audiencia Extraordinaria

- 35. Mediante Resolución N° 06 de fecha 04 de diciembre de 2009, el Tribunal Arbitral citó a una Audiencia Extraordinaria, con la finalidad de que las partes ilustren al Tribunal respecto de los hechos que sustentan las pretensiones planteadas, así como para que identifiquen los medios probatorios que respaldan dichas pretensiones. Con fecha 16 de diciembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia Extraordinaria en la sede del Tribunal Arbitral.

3.9. Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

- 36. Mediante Resolución N° 10 de fecha 15 de febrero de 2010, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- 37. Con fecha 24 de febrero de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. El Presidente del Tribunal invitó a las partes a llegar a un acuerdo

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/20)

Handwritten initials

Handwritten notes:
193
Cen te
muy m boy
Handwritten signature

Handwritten signature/initials

conciliatorio. Sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo total o parcial de las posiciones de las partes, se decidió proseguir con el presente arbitraje, dejando abierta la posibilidad que dicho acuerdo conciliatorio pueda darse en cualquier estado del mismo.

38. El Tribunal Arbitral, procedió a fijar como puntos controvertidos del los siguientes:

De la demanda arbitral y la contestación a la demanda arbitral

- a) Determinar si procede declarar sin efecto por irregular y extemporánea, la liquidación del Contrato efectuada por PROVÍAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 691 y, como consecuencia de ello, si procede declarar inexistente el saldo en contra de JOHESA-UPCA, ascendente a la suma de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), restableciéndose la real liquidación consentida que arroja un saldo a favor del contratista ascendente a S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles);
- b) Determinar si procede declarar que PROVÍAS NACIONAL ha efectuado un cobro indirecto indebido ascendente a S/. 136,913.67 (Ciento Treinta y Seis Mil Novecientos Trece y 67/100 Nuevos Soles) al elaborar una nueva liquidación y, de ser el caso, si procede ordenar una compensación por la cantidad ascendente a S/. 16,612.39 (Dieciséis Mil Seiscientos Doce y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses;
- c) Determinar, si procede ordenar a PROVÍAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA la suma de S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses, por concepto de indemnización por daños y perjuicios;
- d) Determinar, en caso se declare infundado el punto controvertido c) precedente, si procede ordenar a PROVÍAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIÁ SURGIDA ENTRE:
 CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
 TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

Handwritten initials

Handwritten notes: 194, con fu, marzo 1999, cuatro

57
Circuito
Johesa

UPACA la suma de S/. 60,000.00 (Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad;

- e) Determinar, en caso se declare fundado el punto controvertido a) precedente, si procede ordenar a PROVÍAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA, los intereses devengados de la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), y si los mismos deben computarse desde el día de la notificación de la demanda arbitral hasta el momento del pago efectivo; y

Punto Controvertido en común

- f) Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.
39. Es del caso precisar, que respecto al Punto Controvertido d) precedente, el Tribunal Arbitral dejó constancia que PROVÍAS NACIONAL ha deducido una excepción de incompetencia, considerando que el enriquecimiento no sería materia arbitrable. En ese sentido, conforme lo dispuesto en el numeral 18) del Acta de Instalación de fecha 09 de setiembre de 2009, el Tribunal Arbitral se reservó la decisión de pronunciarse sobre dicha excepción al momento de laudar.
40. Asimismo, el Tribunal Arbitral, con anuencia de las partes, dejó claramente establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en la presente Acta, pudiendo omitir, el análisis de algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón de que con el análisis realizado hasta ese momento ya no fuere necesario a discreción de los miembros del Tribunal Arbitral. Del mismo modo, los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal Arbitral si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/29)

195
cumto
mism h y
amer

*Se
cumple
196*

41. La Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos continuó con la admisión por parte del Tribunal Arbitral de los medios probatorios presentados por JOHESA-UPACA y PROVIAS NACIONAL:

a) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por JOHESA-UPACA:

Se admitieron todos los medios probatorios documentales ofrecidos por JOHESA-UPACA en su escrito de demanda de fecha 29 de setiembre de 2009, signados con los números del 4.1 al 4.5 inclusive del ítem IV denominado: "MEDIOS PROBATORIOS DEL PETITORIO".

b) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por PROVIAS NACIONAL:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por PROVIAS NACIONAL en su escrito de contestación a la demanda de fecha 04 de noviembre de 2009, signados con los numerales del 1) al 19) inclusive del ítem 4) denominado "MEDIOS PROBATORIOS".

42. Finalmente, la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos concluyó con el acuerdo entre las partes y el Tribunal Arbitral de prescindir de la realización de una Audiencia de Pruebas, tomando en consideración que todos los medios probatorios ofrecidos por las partes son documentales.

3.10. Alegatos y la Audiencia de Informes Orales

▪ Alegatos escritos presentados por las partes

43. Mediante Resolución N° 11 de fecha 16 de marzo de 2010, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días a fin de que cumplan con presentar sus alegatos escritos. Ambas partes cumplieron con presentar sus respectivos alegatos escritos con fecha 25 de marzo de 2010.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

196

*196
cumple
19/03/10
SIS*

JS
Loredo
Yzaga

▪ Audiencia de Informes Orales

44. Con fecha 22 de abril de 2010, se realizó la Audiencia de Informes Orales. En dicha audiencia se concedió el uso de la palabra al representante de JOHESA-UPACA, así como al representante de PROVIAS NACIONAL. Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a formular las preguntas que estimó pertinentes.

3.11. Fijación del plazo para laudar

45. Mediante Resolución N° 14 de fecha 28 de abril de 2010, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, pudiendo prorrogarse el plazo por veinte (20) días adicionales a discreción del Tribunal Arbitral.
46. Mediante Resolución N° 15 de fecha 08 de junio de 2010, el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar por veinte (20) días adicionales al plazo referido en el párrafo precedente. Se estableció que el plazo fijado se computaría a partir del vencimiento del plazo señalado mediante Resolución N° 14.

II. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. CUESTIONES PRELIMINARES

47. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:
- (i) el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley, el Reglamento y la Ley de Arbitraje, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
 - (ii) en ningún momento se ha interpuesto recusación contra algún miembro del Tribunal Arbitral;
 - (iii) JOHESA-UPACA presentó su escrito de demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso;

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

10/7
cumplido
MTC 10/7
2010

Tribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Hoover Olivas Valverde
Alvaro Loreño Romero

54
arbitral
Yzaga

- (iv) PROVIAS NACIONAL fue debidamente emplazado, contestando la demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos y ejerciendo plénamente su derecho de defensa; y
- (v) las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.

48. Asimismo, precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Los medios probatorios deben ser valorados por el Tribunal Arbitral de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.

49. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

50. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Siendo ese el estado del proceso se procede a laudar dentro del plazo establecido mediante Resolución N° 14, prorrogado mediante Resolución N° 15.

5. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

51. El presente arbitraje deviene de la controversia surgida entre JOHESA-UPACA y PROVIAS NACIONAL en relación a que la primera de las nombradas solicitó se declare sin efecto la Resolución

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

188
en fe
maxim 16 y
2015

S
Tribunal
Arbitral

Directoral N° 691 que aprobó administrativamente la liquidación final del Contrato estableciendo que:

- (i) el Costo Final de la Obra Ejecutada ascendía a S/. 44'800,681.62 (Cuarenta y cuatro millones ochocientos mil seiscientos ochenta y uno y 62/100 Nuevos Soles); y
- (ii) existe un saldo a favor de PROVÍAS NACIONAL ascendente a S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles).

52. A continuación, el Tribunal Arbitral procede analizar los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

5.1. Primer Punto Controvertido

Determinar si procede declarar sin efecto por irregular y extemporánea, la liquidación del Contrato efectuada por PROVÍAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 691 y, como consecuencia de ello, si procede declarar inexistente el saldo en contra de JOHESA-UPCA, ascendente a la suma de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), restableciéndose la real liquidación consentida que arroja un saldo a favor del contratista ascendente a S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles)

53. A fin de establecer la competencia del Tribunal Arbitral para resolver el presente punto controvertido, debe tomarse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el numeral 2) del artículo 53° de la Ley, "(...) las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje (...)"

54. Asimismo, conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 273° del Reglamento, "(...) las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras (...) así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje".

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIÁ SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

199
Cento
nuevos y
mucho

SM
C
Y

55: De lo anteriormente señalado tenemos que son arbitrables las controversias derivadas del consentimiento de la liquidación, y/o para determinar el pago que resultasen de ella, si fuera el caso.

5.1.1. Posición de JOHESA-UPACA respecto al Primer Punto Controvertido:

56. A este respecto el demandante señala que con fecha 14 de octubre de 2005 suscribió con PROVIAS NACIONAL el Contrato y que durante la ejecución de la obra, se otorgaron regularmente 15 ampliaciones de plazo, determinándose que el plazo contractual establecido en 360 días calendario, se incrementa a 572 días calendario, siendo la fecha de terminación de la obra el 24 de mayo de 2007; igualmente, se autorizaron 6 presupuestos adicionales y 3 deductivos, ejecutados, valorizados y cancelados en forma regular.
57. Asimismo, señala que con la anotación efectuada en el asiento N° 857 del cuaderno de obra de fecha 24 de mayo de 2007, JOHESA-UPACA solicitó la recepción de la obra, conforme a lo pactado en la cláusula Décimo Séptima del Contrato y el artículo 268° del Reglamento, al haber concluido los trabajos contratados dentro del plazo contractual vigente. Posteriormente, con fecha 13 de junio de 2007, se produjo la recepción de la obra, siendo recibida sin observaciones por PROVIAS NACIONAL, empezando a computarse, desde el 14 de junio de 2007, el plazo de 60 días para que JOHESA-UPACA presente su liquidación, conforme lo establecido en las bases, el Contrato y el artículo 269° del Reglamento.
58. Refiere que la liquidación fue presentada mediante Carta N° 646-2007/RMCIH-RO con fecha 10 de agosto de 2007, dentro del plazo previsto en el artículo 269° del Reglamento, determinando un saldo a favor del contratista por la suma de S/. 937,808.12 (Novecientos treinta y siete mil ochocientos ocho y 12/100 Nuevos Soles). Conforme al dispositivo legal mencionado, la oportunidad para que PROVIAS NACIONAL observe la liquidación del Contrato, correspondía a 30 días, dentro de los cuales, teniendo en consideración lo informado por la supervisión y el Informe N° 270-2007-MTC/20.5-JUD, observó dicha liquidación, determinando un saldo a favor del contratista de S/.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

14.-

200
Doranda

SI
documento
puro

435,050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles).

59. Al no estar conforme JOHESA-UPACA con la observación de la liquidación del Contrato, dentro del término de ley, sometió a arbitraje dicha liquidación que motivó el Laudo que dispuso, en forma definitiva, que PROVIAS NACIONAL pague a favor de JOHESA-UPACA la suma de S/. 235,048.35 (Doscientos treinta y cinco mil cuarenta y ocho y 35/100 Nuevos Soles).
60. JOHESA-UPACA indica que mediante Carta N° 003-2009/CJU de fecha 16 de abril de 2009, solicitó se cancele la factura N° 001-000366 del 18 de febrero de 2009 por la suma de S/. 235,048.35 (Doscientos treinta y cinco mil cuarenta y ocho y 35/100 Nuevos Soles) a lo que PROVIAS NACIONAL, atendiendo que no existía ninguna observación o controversia, mediante el comprobante de pago N° 0246 de fecha 13 de mayo de 2009, canceló JOHESA-UPACA la cantidad de S/. 235,048.35 (Doscientos treinta y cinco mil cuarenta y ocho y 35/100 Nuevos Soles), acción que fue informada como último pago con el Memorándum N° 1379-2009-MTC/20.2.
61. Indica el demandante que, a petición de PROVIAS NACIONAL, se remitió con la Carta N° 0006-CJU-2009 de fecha 19 de mayo de 2009, un cuadro resumen de la liquidación, solamente para especificar el monto de los intereses que quedaban por pagar en cumplimiento del Laudo, indicando la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
62. Posteriormente a la cancelación efectuada el 13 de mayo de 2009, con fecha 18 de junio de 2009, PROVIAS NACIONAL notificó la Resolución Directoral N° 691 aprobando administrativamente la liquidación del Contrato, con un saldo a favor de PROVIAS NACIONAL ascendente a la suma de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles). Sobre el particular, JOHESA-UPACA precisa que dicha Resolución Directoral se sustenta, en lo principal, en el Informe N° 047-2009-MTC/20.5-AHP de fecha 02 de junio de 2009, el mismo que se remite al hecho de que la Contraloría General efectuó un Hallazgo de Auditoría respecto de la Ampliación de Plazo N° 03, y a la carta s/n de fecha 11 de noviembre de 2008 de la ingeniera Magdalena Bravo Hinosroza.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 366-2005-MTC/20)

201
Documento
LME

UP
Arbitral

63. Al respecto, el demandante agrega que el Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República consiste, según la documentación que había podido obtener, en que a través de la Ampliación de Plazo N° 03 se otorgó indebidamente 6 días calendario de más, generando el pago de mayores gastos generales a JOHESA-UPACA ascendentes a S/. 99,350.96 (Noventa y nueve mil trescientos cincuenta y 96/100 Nuevos Soles). Asimismo, se reconoció la correspondiente Prestación Adicional de Servicio al Supervisor de S/. 95,993.58 (Noventa y cinco mil novecientos noventa y tres y 58/100 Nuevos Soles), manifestando que conforme aparece de la carta s/n de fecha 11 de noviembre de 2008, la ingeniera Magdalena Bravo Hinojosa admite haber revisado y visado la ampliación de plazo, pronunciándose sobre su procedencia sin observaciones, pero argumenta que la responsabilidad es del especialista bajo sus órdenes que la revisó, precisando que la obra *"aún no ha sido liquidada, se está disponiendo mediante Memorandum N° 3932-2008-MTC/20.5 del 11.11.2008 dirigido al Ingeniero Especialista de Obras que actualmente tiene a cargo la administración del contrato de esta carretera, considere el descuento respectivo en la Liquidación Final del Contrato de Obra.*
64. Respecto al Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República, JOHESA-UPACA argumenta que dicho hallazgo se efectuó, en ejercicio de las funciones y atribuciones de la Contraloría General de la República y que solamente alcanza a los funcionarios involucrados en la ejecución de la obra, no abarcando, por principio, sus efectos al contratista. El demandante abunda señalando que la legislación aplicable no establece la participación de la Contraloría General de la República en una ampliación de plazo, su correcta ejecución puede ser materia de un examen posterior.
65. Asimismo, JOHESA-UPACA presume que el demandado, a fin de subsanar o superar el Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República efectuado a sus funcionarios, se habría retrotraído a los 30 días posteriores al 10 de agosto de 2007, lapso en el cual no observó ni cuestionó los días de la Ampliación de Plazo N° 03, ni el correspondiente pago de mayores gastos generales. Señala el demandante que si PROVIAS NACIONAL no había observado la Ampliación de Plazo N° 03, otorgada mediante Resolución Directoral N° 1150, con fecha posterior ya no puede observarla, ni menos

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIASURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

202
Discurso
del

109
Olivero
y
Loredo

disponer descuentos pecuniarios, peor aún luego de haber transcurrido más de 3 años de su formalización.

66. JOHESA-UPACA concluye argumentando que al no haberse respetado un procedimiento regular en la liquidación del Contrato impugnada, además de haberse emitido en forma extemporánea, procede dejar sin efecto la Resolución Directoral N° 691. Igualmente, procede dejarse sin efecto el supuesto saldo en su contra por un monto de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), declarándose inexistente dicho saldo y restableciéndose la real liquidación consentida, así como la deuda de PROVIAS NACIONAL por S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles).

5.1.2. Posición de PROVIAS NACIONAL respecto al Primer Punto Controvertido:

67. Mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO con registro No. E-039890-2007 de fecha 10 de agosto de 2007, JOHESA-UPACA presenta su Liquidación del Contrato de Obra. Dicha Liquidación fue elaborada bajo los lineamientos de la Directiva N° 003-2005-MTC/14 "Procedimiento para la elaboración, presentación y aprobación de la Liquidación del Contrato de Obra".
68. ~~JOHESA-UPACA incorporó en su liquidación del Contrato el concepto de gastos generales por 14 días no reconocidos de la solicitud de Ampliación de Plazo 09, controversia que era materia de un arbitraje. La diferencia por este concepto era de S/. 197,519.35 (Ciento noventa y siete mil quinientos diecinueve y 35/100 Nuevos Soles) más el IGV.~~
69. Al respecto, mediante Oficio N° 1017-2007-MTC/20 de fecha 06 setiembre de 2007, se comunicó a JOHESA-UPACA que de acuerdo al Reglamento, y existiendo una controversia en arbitraje pendiente de resolver, referente al reconocimiento de prórroga y gastos generales correspondientes derivados de la Ampliación de Plazo N° 09, no se procedería a la liquidación del Contrato, manifestando que los cálculos efectuados por el Supervisor y confirmados por PROVIAS NACIONAL arrojaban un saldo a su favor de S/. 435,050.87

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

AD

203
Docum In
Plus

48
Avenida
2000

(Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles) incluido el IGV.

70. Mediante Carta N° 061-07/CJU con registro E-047425 de fecha 25 de setiembre de 2007, JOHESA-UPACA formalizó solicitud de arbitraje en relación a la controversia suscitada por el monto de su liquidación de Contrato, requiriendo también formalmente el pago de S/. 435,050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles) correspondiente al saldo no controvertido.
71. Mediante Comprobante de Pago N° 06845 de noviembre de 2007, y atención al Memorándum N° 3459-2007-MTC/20.5 de la UGOB, se cancela a JOHESA-UPACA el saldo no controvertido de la liquidación del Contrato, a favor de JOHESA-UPACA, por el monto ascendente a S/. 435,050.87 (Cuatrocientos treinta y cinco mil cincuenta y 87/100 Nuevos Soles).
72. Mediante Comprobante de Pago N° 02646 de fecha 13 de mayo de 2009, y en atención al Memorándum N° 1252-2009-MTC/20.5 de la UGOB, se cancela a JOHESA-UPACA el monto dispuesto en el Laudo ascendente a S/. 259,926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles) incluido IGV, por los gastos generales variables que se dejaron de valorizar por reducción de metas. Cabe indicar que para dicho efecto se contó con la opinión de la UGAL, respecto de la oportunidad de pago de los laudos.
73. Con Carta CS N° 0006-2009 recibida por PROVIAS NACIONAL con fecha 19 de mayo de 2009, JOHESA-UPACA presentó al demandando la Liquidación Final de Obra considerando lo dispuesto por el Laudo.

5.1.3. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto al Primer Punto Controvertido:

▫ La liquidación del Contrato

74. Ha quedado demostrado y además reconocido por ambas partes que, mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO de fecha 10 de agosto de 2007, JOHESA-UPACA presentó la liquidación del Contrato. Esta liquidación fue observada por parte de PROVIAS NACIONAL

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

124

204
Doscientos
cuatro

47
C. U. S.
C. U. S.

mediante Oficio N° 1017-2007-MTC/20 de fecha 06 setiembre de 2007, señalando que existía una controversia respecto a la Ampliación de Plazo N° 09 y que por lo tanto no podría elaborarse la liquidación del Contrato. Fue precisamente la Ampliación de Plazo N° 09 la que dio origen al arbitraje que concluyó con la emisión del Laudo.

75. Dicha decisión arbitral determinó, entre otros, que la liquidación del Contrato no habría quedado consentida, y esto no podría ser de otra manera puesto que, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 269° del Reglamento, "(...) no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver". En ese entendido, la liquidación del Contrato debe presentarse una vez queden resueltas todas las controversias derivadas de la ejecución del Contrato.
76. Asimismo, ha quedado demostrado que PROVIAS NACIONAL cumplió con cancelar a JOHESA-UPACA el monto de S/. 259,926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles), incluido el IGV, según lo ordenado por el Laudo, quedando pendiente de pago el monto correspondiente a los intereses legales que debían ser liquidados por parte de JOHESA-UPACA.
77. Por tal motivo, PROVIAS NACIONAL mediante Carta N° 469-2009-MTC/20.5 detalló a JOHESA-UPACA lo siguiente:

"Nos dirigimos a ustedes con relación a la carta de referencia a) con la que nos alcanzan el "Cuadro Resumen de la Liquidación de Obra".

Al respecto, resulta necesario que su representada adjunte la documentación sustentatoria correspondiente y actualizada.

Asimismo y conforme lo ordena el Tribunal Arbitral los intereses de Laudo Arbitral del 27.01.09, se calcularán a la fecha de cancelación del mismo, y se incluirán en la respectiva liquidación de obra".

78. En respuesta a la solicitud formulada por PROVIAS NACIONAL a través de la Carta N° 469-2009-MTC/20.5, JOHESA-UPACA remitió la Carta N° 0006-CJU-2009 de fecha 19 de mayo de 2009, adjuntando un "Cuadro Resumen de la Liquidación", especificando el monto de los intereses que quedaban por pagar en cumplimiento del citado

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/20)

M. D.

205
D. U. S.
C. U. S.

*Vis
Cinco
el 25*

laudo, indicando la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100) incluido el IGV, por concepto de intereses legales.

79. De lo señalado precedentemente, para este Tribunal Arbitral se puede desprender lo siguiente:

- (i) la liquidación del Contrato presentada por JOHESA-UPACA mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO no estaba consentida conforme lo dictamina el cuarto resolutivo del Laudo;
- (ii) tanto la liquidación del Contrato presentada por JOHESA-UPACA como la presentada por PROVIAS NACIONAL, contenían montos en disputa (controversias) que fueron resueltos en el Laudo;
- (iii) los montos por pagar determinados en el Laudo modificaron la liquidación del Contrato presentada por JOHESA-UPACA mediante Carta CS N° 646-2007/RMCIH-RO, así como también la liquidación elaborada en el año 2007 por PROVIAS NACIONAL.

80. En consecuencia, el denominado "Cuadro Resumen de la Liquidación de Obra" presentado por JOHESA-UPACA mediante Carta CS N° 0006-CJU-2009 (como resultado de lo ordenado en el Laudo y de conformidad con la solicitud de PROVIAS NACIONAL), constituye una modificación y por tanto una integración de la liquidación del Contrato.

81. Lo anterior supone, que al haber quedado, mediante el Laudo, resuelta la controversia existente respecto a la Ampliación de Plazo N° 09 se integró la liquidación del Contrato para adecuarla a lo indicado en dicho laudo, presentándola JOHESA-UPACA integrada a PROVIAS NACIONAL (Carta CS N° 0006-CJU-2009), quien podría proceder a pronunciarse, al respecto de ella aceptándola, observándola o elaborando otra, conforme lo establece el artículo 269° del Reglamento.

82. Como se ha indicado, para este Tribunal Arbitral la presentación de la liquidación modificada e integrada del Contrato por parte de

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIASURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

*206
Por amb
200*

Handwritten notes:
 2007
 2008
 2009

JOHESA-UPACA se produjo mediante Carta CS N° 0006-CJU-2009 de fecha 18 de mayo de 2009 y fue notificada a PROVIAS NACIONAL con fecha 19 de mayo de 2009. Ante este hecho, PROVIAS NACIONAL procedió, dentro del plazo de 30 días que dispone el tantas veces mencionado artículo 269° del Reglamento, a aprobar administrativamente su liquidación del Contrato (liquidación que fue aprobada mediante la Resolución Directoral N° 691) estableciendo: (i) que el Costo Final de la Obra Ejecutada ascendía a S/. 44'800,681.62 (Cuarenta y cuatro millones ochocientos mil seiscientos ochenta y uno y 62/100 Nuevos Soles); y (ii) que existía un saldo a favor de PROVIAS NACIONAL ascendente a S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles).

▪ El fundamento de la Resolución Directoral N° 691

83. La Resolución Directoral N° 691 tiene como antecedente el Memorándum N° 3932-2008-MTC/20.5, que precisa que la Contraloría General de la República observó la Ampliación de Plazo N° 03 en la que se otorgó 23 días calendario de ampliación, debiendo ser dicha ampliación de sólo 17 días, originando un mayor pago de los mayores gastos generales por 6 días a JOHESA-UPACA, así como haber asumido pagos por concepto de mayores prestaciones al Supervisor también por 6 días, indicando tener en cuenta dicha observación a efectos de considerar la deducción que corresponda en la oportunidad en que se elabore la liquidación del Contrato.
84. Efectivamente, JOHESA-UPACA alega que la Resolución Directoral N° 691 se fundamenta exclusivamente en un cambio de criterio de PROVIAS NACIONAL respecto de la Ampliación de Plazo N° 03, como consecuencia del Hallazgo de Auditoría efectuado por la Contraloría General de la República. Al respecto, cabe señalar que la referida ampliación de plazo (ampliación por 23 días calendario con reconocimiento de mayores gastos generales) fue otorgada a JOHESA-UPACA mediante la Resolución Directoral N° 1150.
85. No consta en el expediente evidencia alguna de que la Resolución Directoral N° 1150 haya sido impugnada o cuestionada por alguna de las partes. Adicionalmente, no existe en el expediente, ni se ha hecho referencia alguna al acto administrativo que deje sin efecto o anule la referida ampliación de plazo, y tampoco ha sido materia de este

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE:
 CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
 TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/29)

Handwritten mark:
 Ma:

Handwritten notes:
 2007
 2008
 2009

114
Arbitraje
Arbitraje

arbitraje pronunciarse sobre la Resolución Directoral N° 1150; por lo que no existe elementos de juicio para pronunciarse al respecto, y aun existiendo, el Tribunal Arbitral no podría hacerlo por no se materia de este arbitraje. A este respecto, cabe agregar, que en el presente arbitraje ninguna de las partes ha cuestionado la Ampliación de Plazo N° 03, ni la Resolución Directoral N° 1150 que la otorga.

▪ El arbitraje y el principio dispositivo como rector de la competencia de los árbitros

86. Con la finalidad de garantizar y respetar la libertad individual de los justiciables, el principio dispositivo consagra que en un proceso (como es el caso del presente arbitraje), las partes poseen dominio completo sobre sus derechos sustanciales y sobre el desenvolvimiento y culminación del proceso en como tal. A este respecto, la doctrina especializada² se ha pronunciado señalando que dicho principio "(...) configura un proceso en el que las partes disponen no sólo de su inicio, en cuanto que no puede incoarse de oficio, sino que también disponen de su finalización vinculando con sus pretensiones al órgano decisor que deberá fallar necesariamente sobre lo pedido por ellas" (énfasis agregado).
87. En lo que respecta a la cuestión en discusión planteada como Primer Punto Controvertido (Primera Pretensión del demandante), es decir si la Resolución Directoral N° 691 que aprueba administrativamente la liquidación del Contrato, pero modificando los montos presentados por JOHESA-UPACA, debe dejarse sin efecto por irregular y extemporánea, el Tribunal Arbitral debe analizar si la referida resolución directoral es un acto administrativo eficaz o si, por el contrario, dicho acto debe quedar sin efecto por irregular y extemporáneo, como lo ha solicitado JOHESA-UPACA.
88. Es del caso precisar que no ha sido sometido a conocimiento de este Tribunal Arbitral si la Resolución Directoral N° 691 es válida, es decir, si cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos a que se refiere el artículo 3° de la de la Ley del Procedimiento

² CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Los Principios Procesales en el Arbitraje. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 2000, p. 84.

208
Documento
Ocho

43
Arriba
17/12/20

Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante la “LPAG”)³; tampoco es materia del presente arbitraje determinar si la Resolución Directoral N° 691 se sustenta en fundamentos legales; por lo que, al amparo del artículo 9° de la LPAG⁴, el Tribunal Arbitral debe presumir la validez de dicho acto administrativo al haber sido dictado dentro del plazo y cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 269° del Reglamento, indicando que no obra en el expediente ni ha sido alegada por las partes cuestión alguna sobre la validez de la mencionada resolución.

■ Eficacia de la Resolución Directoral N° 691

89. Respecto a la eficacia de los actos administrativos⁵, el artículo 16° de la LPAG señala que tales actos son eficaces a partir de que la

³ Artículo 3° de la Ley N° 27444.- “Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársela a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

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

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.”

⁴ Artículo 9° de la Ley N° 27444.- “Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.”

⁵ En palabras de Juan Carlos Morón Urbina, la eficacia “(...) es la aptitud que poseen los actos jurídicos para producir las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza deben producir (...)”. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 167.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/20)

209
Documts
Newer

42
Avenida
20

notificación legalmente realizada produzca sus efectos. En el presente caso, la notificación de la Resolución Directoral N° 691 se produjo el día 18 de junio de 2009 y, estando a que la demandante en ningún momento ha cuestionado el acto de notificación de la mencionada resolución, dicho acto administrativo ha surtido sus efectos.

90. A criterio del Tribunal Arbitral, la Resolución Directoral N° 691 ha sido emitida conforme a las atribuciones de las que gozan las entidades públicas (en este caso PROVIAS NACIONAL) para aprobar, observar o elaborar liquidaciones a los contratos de obra en caso existan motivos para hacerlo, tal y como lo prevé el artículo 269° del Reglamento.
91. En consecuencia, este Tribunal Arbitral estima que la Resolución Directoral N° 691 es eficaz, puesto que no cabe duda que fue expedida en tiempo, al haberse expedido dentro de los 30 días desde que JOHESA-UPACA presentara la liquidación integrada y modificada del Contrato. Tampoco es irregular debido a que ha sido emitida de conformidad con el artículo 269° del Reglamento. Atendiendo a lo antes señalado, se debe desestimar la Primera Pretensión formulada por JOHESA-UPACA en su escrito de demanda arbitral, procediendo a declararla infundada.

5.2. Segundo Punto Controvertido

Determinar si procede declarar que PROVIAS NACIONAL ha efectuado un cobro indirecto indebido ascendente a S/. 136,913.67 (Ciento Treinta y Seis Mil Novecientos Trece y 67/100 Nuevos Soles) al elaborar una nueva liquidación y, de ser el caso, si procede ordenar una compensación por la cantidad ascendente a S/. 16,612.39 (Dieciséis Mil Seiscientos Doce y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses

5.2.1. Posición de JOHESA-UPACA respecto al Segundo Punto Controvertido:

92. En relación al Segundo Punto Controvertido (Segunda Pretensión de la demanda arbitral), el demandante señala que la Resolución Directoral N° 691 autoriza a la Unidad Gerencial de Administración de PROVIAS

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

210
Derecho
Derecho

41
Cuentas
que

NACIONAL para que recupere el saldo de la supuesta liquidación del Contrato, luego de lo cual se procederá a la devolución de las garantías que JOHESA-UPACA mantiene hasta la fecha. Al respecto, el demandante manifiesta que resulta evidente que la liquidación real ya se encontraba consentida, desde que el 13 de mayo de 2009 cuando se canceló el saldo su a favor, quedando pendiente solamente el cálculo y pago de intereses moratorios.

93. Agrega el demandante que de un análisis objetivo, *prima facie*, se puede evidenciar que el origen de la supuesta deuda de JOHESA-UPACA obedece a una supuesta responsabilidad de funcionarios detectada por la Contraloría General de la República dentro de un examen especial y que la causa de la Resolución Directoral N° 691 sería la de trasladar la responsabilidad pecuniaria de funcionarios del demandado hacia la demandante, consumándose un cobro ilegal a JOHESA-UPACA y consiguiéndose la impunidad de los funcionarios de PROVIAS NACIONAL.
94. No solo ello, sino que además JOHESA-UPACA señala que la exigencia del pago a que se refiere la Resolución Directoral N° 691 se derivaría de un desagregado de las sumas de S/. 99,350.96 (Noventa y nueve mil trescientos cincuenta y 96/100 Nuevos Soles) por supuesto reembolso de 6 días de mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 03 y de S/. 37,562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos y 71/100 Nuevos Soles) por supuesto pago de mayores prestaciones de servicios de supervisión.
95. El demandante destaca que la observación de la Contraloría General de la República indicó como responsabilidad de los funcionarios involucrados, la suma de S/. 95,993.58 (Noventa y cinco mil novecientos noventa y tres y 58/100 Nuevos Soles) por el supuesto pago de 6 días de mayores prestaciones de servicios de la Supervisión, pero que sin embargo, la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza, en su descargo de fecha 11 de noviembre de 2008, comunicó a la Contraloría General de la República que se había equivocado al cuantificar el mayor pago de la supervisión, corrigiéndolo en el sentido de que solamente corresponde la suma de S/. 37,562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos y 71/100 Nuevos Soles), desautorizando el cálculo de la Contraloría General de la República y además formalizando el descuento que se hizo a sí misma como funcionaria involucrada.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIÁ SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

211
Docum
má

40
elavato

96. JOHESA-UPACA señala que con el cobro que efectúa la Resolución Directoral N° 691 se da por cierta la cantidad de S/. 37,562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos y 71/100 Nuevos Soles), imputándose la responsabilidad del otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 03 al demandante y no a PROVIAS NACIONAL como si JOHESA-UPACA se hubiera otorgado su propia ampliación de plazo.
97. Agrega el demandante que con la resolución impugnada se reconoce formalmente la deuda de PROVIAS NACIONAL por S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles) pero se la da por compensada, unilateralmente, con la suma puesta a cobro. Al respecto, JOHESA-UPACA manifiesta que conforme al inciso 4) del artículo 1290° del Código Civil, está prohibida la compensación entre particulares y el Estado, y que toda compensación debe comunicarse previamente al acreedor-deudor para que manifieste su consentimiento, estaríamos ante un acta viciado de nulidad *ipso iure*.
98. Concluye el demandante que se ha creado una deuda inexistente, el pago por la ampliación de plazo N° 03, que fue aprobada por PROVIAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 1150, hace más de 3 años y 4 meses, siente éste un acto administrativo eficaz, conforme a lo dispuesto por el artículo 16° de la LPAG. Asimismo, JOHESA-UPACA indica que al 18 de junio de 2009, fecha en la que la Resolución Directoral N° 691 fue notificada, ya había prescrito el derecho de la administración para declarar su nulidad, único caso en que podría haberse modificado su otorgamiento. En resumen, la Resolución impugnada dispone un cobro de la cantidad de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), cobro que tiene la condición de indirecto y no se ajusta a la legalidad aplicable al caso.

5.2.2. Posición de PROVIAS NACIONAL respecto al Segundo Punto Controvertido:

99. Respecto a este punto controvertido se pronuncia PROVIAS NACIONAL de manera general señalando que la liquidación del Contrato aprobada administrativa mediante la Resolución Directoral N° 691 es válida.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

2/2
Diciembre
Diciembre

357
Tribunal Arbitral

5.2.3. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto al Segundo Punto Controvertido:

100. En relación al pago de la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses, debe precisarse que ésta es consecuencia de lo ordenado en el Laudo, que dispone que se pague la suma de S/. 259,926.92 (Doscientos cincuenta y nueve mil novecientos veintiséis y 92/100 Nuevos Soles) más intereses legales y, en consecuencia, dicha suma debe ser reclamada como consecuencia de la ejecución del Laudo, por lo tanto, la obligación de pago de intereses, constituye cosa juzgada, no correspondiendo al presente Tribunal Arbitral pronunciarse al respecto y, por tanto, en este extremo, la pretensión debe ser declarada improcedente.
101. Respecto a la alegación de JOHESA-UPACA de que a través de la Resolución Directoral N° 691 PROVIAS NACIONAL pretende superar un error u omisión de sus funcionarios trasladando la responsabilidad del Hallazgo de Auditoría de la Contraloría General de la República hacia JOHESA-UPACA, la demandante no ha podido demostrar ni justificar tal afirmación, por lo que este Tribunal Arbitral no tiene certeza sobre dicho aspecto.
102. De igual manera, en relación a lo alegado por parte de JOHESA-UPACA de que la exigencia del pago a que se refiere la Resolución Directoral N° 691 se derivaría de un desagregado de las sumas de S/. 99,350.96 (Noventa y nueve mil trescientos cincuenta y 96/100 Nuevos Soles) por supuesto reembolso de 6 días de mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 03 y de S/. 37,562.71 (Treinta y siete mil quinientos sesenta y dos y 71/100 Nuevos Soles) por supuesto pago de mayores prestaciones de servicios de supervisión, este Tribunal Arbitral tampoco tiene certeza de tal alegación, debido a que ésta no ha sido probada por el demandante.
103. En consecuencia, habiéndose determinado que la Resolución Directoral N° 691 no debe declararse sin efecto por irregular ni extemporánea, y siendo el sustento de este punto controvertido la declaración de ineficacia de dicha resolución directoral, no procede declarar que PROVIAS NACIONAL ha consumado un cobro

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/20)

213
Docentes
Truce

33
Trámite solo

indirecto indebido de S/. 136,913.67 (Ciento treinta y seis mil novecientos trece y 67/100 Nuevos Soles).

5.3. Tercer Punto Controvertido

Determinar, si procede ordenar a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA la suma de S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses, por concepto de indemnización por daños y perjuicios

5.3.1. Posición de JOHESA-UPACA respecto al Tercer Punto Controvertido:

104. En lo que respecta a este punto controvertido (Tercera Prêtensión de la demanda arbitral), JOHESA-UPACA señala que de manera independiente a que se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 691 y, en consecuencia, la obligación de pagar la suma de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), se desprende que PROVIAS NACIONAL habría actuado con dolo civil al aprobar administrativamente la liquidación del Contrato determinando un saldo a su favor.
105. Manifiesta el demandante que en la realidad las empresas integrantes del consorcio (JOHESA-UPACA) tienen en su patrimonio una acreencia por los intereses pendientes de pago por la liquidación legítima como consecuencia del Laudo. Además señalan que la sola necesidad de renovación de las fianzas, durante casi 4 años, las coloca en situación desventajosa ante las entidades financieras afianzadoras, pues presuponen incumplimientos en la ejecución de la obra, menoscabando su prestigio empresarial.
106. Asimismo, indican que el daño emergente que les ha ocasionado la Resolución Directoral N° 691, contiene elementos de dolo por comisión y por omisión que habrían desequilibrando su situación financiera. Al respecto, precisan que el daño emergente por omisión que se les ha causado, consiste en la falta del cumplimiento, por parte de PROVIAS NACIONAL, de proceder conforme correspondía según la Ley y el Derecho, ante el Hallazgo de Auditoría comunicado por la Contraloría General de la República.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

294
Des cumbr
60 fuerza

107. Es decir señalan que PROVIAS NACIONAL omitió comunicar a la Contraloría General de la República la evidente imposibilidad legal de dejar sin efecto la Ampliación de Plazo N° 03, por constituir un acto administrativo firme desde hace más de 3 años. Agrega que la entidad igualmente, incurre en dolo por omisión al no informar a la Contraloría General de la República que la liquidación ya había sido consentida y pagada, restando solamente cancelar un pago de intereses moratorios por S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), suma que no estaba en discusión.
108. JOHESA-UPACA señala asimismo, que la conexión causal entre el hecho dañoso producido y la responsabilidad que le atañe a PROVIAS NACIONAL, se configura con el sustento de la Resolución Directoral N° 691, el Informe N° 047-2009-MTC/20.5-AHP, de fecha 2 de junio de 2009, que se remite al hecho de que la Contraloría General de la República efectuó un Hallazgo de Auditoría respecto de la Ampliación de Plazo N° 03 (Resolución Directoral N° 1150), y a la Carta s/n de fecha 11 de noviembre de 2008 de la ingeniera Magdalena Bravo Hinostroza.
109. Asimismo, JOHESA-UPACA señala que S/. 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 Nuevos Soles) de sus daños se refieren a las provisiones de deudas por pagar, pago de seguros por deslealtad y otros, aparte de la inmovilización del capital, durante el tiempo estimado de por lo menos 10 meses y S/. 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 Nuevos Soles) adicionales por los intereses correspondiente a la tasa activa del sistema financiero peruano por la inmovilización de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), a un estimado de 4.2% mensual durante 10 meses, cantidad que corresponde al lucro cesante derivado del daño emergente producido.

5.3.2. Posición de PROVIAS NACIONAL respecto al Tercer Punto Controvertido:

110. Respecto al presente punto controvertido, PROVIAS NACIONAL, en su contestación a la demanda arbitral, no presenta mayores sustentos o argumentaciones.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

215
Docentes
Almici

fuente: 2015

5.3.3. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto al Tercer Punto Controvertido:

111. De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil: *"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"*. El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica en el quebrantamiento de lo convenido por las partes dando lugar a una situación de injusticia que no debe existir en ningún contrato.
112. El tratadista argentino Gabriel A. Stiglitz⁶ señala que, *"(...) el contrato, como fuente de obligaciones, genera la sujeción del deudor al deber de cumplir la prestación comprometida..."* y es frente al incumplimiento de ese deber que surge la responsabilidad civil como la *"(...) obligación impuesta, como reacción del ordenamiento, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro"*.
113. La responsabilidad civil, en general, como toda institución de nuestro ordenamiento jurídico, exige la existencia de determinados presupuestos materiales, cuya presencia conjunta conduce a la determinación de la obligación de indemnizar. Según Trigo Represas⁷, *"...son cuatro los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil: hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquél y éste último, y un factor atributivo de responsabilidad; en principio la acreditación de la concurrencia de esos cuatro presupuestos habrá de corresponderle a quien pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios."*
114. Así, la responsabilidad civil por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza: (i) antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la reclamación; (ii) daños efectivamente causados y probados como consecuencia de dicho acto; (iii) la relación o nexo de causalidad

⁶ STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad Civil por Incumplimiento Contractual. En: Contratos. Teoría General. (Director: Rubén S. Stiglitz). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994. Tomo I. p. 653.

⁷ TRIGO REPRESAS, Félix. La prueba del daño emergente y del lucro cesante. En: Revista de Derecho de Daños. Vol. 4, La prueba del daño - I. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, Editores, 1999. p.39-40.

191

*216
 Dos años
 Decisivos*

35
Arbitraje

entre el acto ilícito que provoca el daño y los daños efectivamente probados; y (iv) la imputabilidad o el factor de atribución que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del dolo o la culpa con el que actúa el causante. Sin perjuicio de lo argumentado por las partes, el Tribunal Arbitral estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria.

115. En materia indemnizatoria, basta que uno de los elementos propios de la responsabilidad civil esté ausente de la relación jurídica para que ésta no se genere jurídicamente y para que no proceda el resarcimiento indemnizatorio pretendido. Todos los presupuestos materiales arriba citados son comunes a la esfera contractual, para lo cual podemos empezar por la infracción a un deber jurídico o ilicitud, que es precisamente el incumplimiento contractual. Además del incumplimiento, la responsabilidad requiere la confluencia del daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.

▪ Antijuridicidad o ilicitud del acto

116. En relación a la antijuridicidad podemos decir que este elemento es siempre exclusivamente típico y no atípico, pues resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar, son siempre conductas tipificadas legalmente.

117. La antijuridicidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321° del Código Civil. En el ámbito contractual, al estar tipificada y predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o parcialmente una obligación.

▪ Daño causado

118. Respecto al daño causado, debemos señalar que éste constituye un aspecto fundamental de la responsabilidad civil, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 395-2005-MTC/20)

217
Discriminación
del contrato

37
Tercera parte

no hay ningún problema de responsabilidad civil. Existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el *lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir⁸.

■ Nexo causal

119. En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

■ Factor de atribución

120. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo⁹. La causa imputable subjetiva se asocia a la noción de culpa, la cual debe de ser apreciada en abstracto. Esta noción se construye sobre lo que se considera un comportamiento estándar, es decir, lo que se puede esperar del hombre medio o razonable. El factor de atribución puede ser:

(i) dolo (artículo 1318° del Código Civil), es definido como la voluntad de inejecutar la obligación, no significa que haya la intención de causar daño, al margen de que se generen o no daños. Esta acepción es distinta a la apreciación del dolo en materia de responsabilidad extracontractual;

(ii) culpa grave (artículo 1319° del Código Civil), el mismo que de acuerdo a la doctrina nacional colinda con el dolo, se le llama dolo próximo. Están incluidas aquí la imprudencia y la negligencia inexcusable. En este tipo de comportamientos se genera la duda sobre si hubo intención, o si se incurrió

⁸ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2003, 2ª Edición. p. 32-35.

⁹ TABOADA CÓRDOVA. Ob. Cit. p 35-37.

218
Por cen Fr
Mucio

en una torpeza inexcusable; por esto sus efectos se identifican con el dolo; o

- (iii) culpa leve (artículo 1320 del Código Civil), es un comportamiento que transgrede la diligencia ordinaria esperada bajo determinadas circunstancias, considerando situaciones personales de lugar y tiempo.

121. Ahora bien, se presume que la inexecución de obligaciones proviene de la culpa leve, ya que el dolo y la culpa grave requieren de prueba. En materia contractual es importante la graduación de la culpa, ya que en caso de culpa leve sólo se responderá por los daños previsibles. Sin embargo, si hay dolo o culpa grave se responderá por todos los daños que se prueben.

122. Aplicando lo señalando anteriormente al caso materia del presente arbitraje, tenemos que el daño patrimonial, para ser resarcible, debe cumplir con una serie de requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente, a saber:

- (i) en primer término podemos decir que el daño a reparar tiene que ser *cierto*, ya sea actual o futuro. ¿Qué quiere decir cierto? Cierto es opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización. Puede ser un dano futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia;
- (ii) el daño tiene que ser *subsistente*. Es decir, que no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido;
- (iii) el daño debe ser propio de quien lo reclama es decir, *personal*, nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por un tercero. El daño personal puede ser directo o indirecto. Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto atacó los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado; por último

32
Tercera

(iv) debe haber un *interés legítimo*.

123. En el presente caso, JOHESA-UPACA alega haber sufrido un daño argumentando que, las previsiones de deudas por pagar, pago de seguros por deslealtad y otros, aparte de la inmovilización del capital que se nos cobra, durante el tiempo estimado de por lo menos 10 meses que se prevé para el presente arbitraje, a costos exclusivamente financieros, ascenderían a S/. 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 Nuevos Soles) y, el monto que corresponde a la tasa activa del sistema financiero peruano por la inmovilización de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles), a un estimado de 4.2% mensual incluido intereses, comisiones y portes durante 10 meses, ascendería aproximadamente a S/. 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 Nuevos Soles), cantidad que corresponde al lucro cesante derivado del daño emergente producido, sin haber presentado prueba alguna que acredite sus afirmaciones y que genere convicción en el Tribunal Arbitral.

124. En consecuencia, a consideración del Tribunal Arbitral JOHESA-UPACA, al no acompañar a su demanda arbitral las pruebas suficientes a través de las cuales se logre determinar los daños patrimoniales que pretende, no ha logrado probar los daños que alega fueron causados por PROVIAS NACIONAL.

125. Asimismo, debe considerarse que el Tribunal Arbitral ha declarado en los considerandos precedentes que la Resolución Directoral N° 691 que aprueba administrativamente la liquidación del Contrato con saldo a favor de PROVIAS NACIONAL de S/. 120,301.28 (Ciento veinte mil trescientos uno y 28/100 Nuevos Soles) no es irregular, ni extemporánea.

126. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que:

- (i) en la presente reclamación no se presentan los elementos que configuran la responsabilidad civil, debiendo declararse infundada la pretensión planteada por JOHESA-UPACA; y
- (ii) JOHESA-UPACA no ha probado de manera fehaciente su pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIAS SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

220
Documts
1/2012

5.4. Cuarto Punto Controvertido

Determinar, en caso se declare infundado el punto controvertido c) precedente, si procede ordenar a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA la suma de S/. 60,000.00 (Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad

5.4.1. Posición de JOHESA-UPACA respecto al Cuarto Punto Controvertido:

127. El demandante señala que no tiene otra vía distinta a la arbitral para ejercitar su derecho a esta pretensión, que por ser subordinada forma parte de una sola acción legal.
128. Al respecto, manifiesta que conforme a los hechos descritos en relación a la segunda y tercera pretensión, el objetivo del cobro de S/. 120, 301.28 (Ciento veinte Mil Trescientos Uno y 28/100 Nuevos Soles), dejando de pagar la suma de S/. 16,612.39, consiste en que PROVIAS NACIONAL y/o sus funcionarios responsables no respondan ante la Contraloría General por la cantidad de S/. 139,913.67 (Ciento Treinta y Nueve Mil Novecientos Trece y 67/100 Nuevos Soles) y que por lo tanto la entidad está incurriendo en enriquecimiento sin causa.
129. El demandante sustenta esta pretensión básicamente en los mismos argumentos utilizados respecto a la Tercera Pretensión contenida en su demanda arbitral y que han sido reseñados como parte de la posición de JOHESA-UPACA en el sustento del Tercer Punto Controvertido.

5.4.2. Posición de PROVIAS NACIONAL respecto al Cuarto Punto Controvertido:

130. Al respecto, PROVIAS NACIONAL ha deducido excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral sobre la base de que, a su criterio, el enriquecimiento sin causa no sería materia arbitrable.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

221
Dorcas
Valverde

30
TerceraTribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Hocwer Olivas Valverde
Alvaro Loredo Romero

5.4.3. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto al Cuarto Punto Controvertido:

131. En atención a las posiciones planteadas por las parte, el Tribunal Arbitral, considera pertinente pronunciarse respecto a la excepción deducida de manera previa al análisis del fondo del presente punto controvertido.
132. PROVIAS NACIONAL sostiene que son las partes las que deciden que materias someten a arbitraje y cuáles no, facultad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que poseen. Sumado a lo antes señalado, debemos tener en cuenta que la Ley de Arbitraje prescribe en su numeral primero: *"Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen"*. Nótese de lo manifestado, que corresponde a las partes delimitar de manera expresa, dada la generalidad de la norma, que materias de todas las que poseen quieren someter a arbitraje, pues caso contrario se podría llegar al absurdo que todas las materias *per se* arbitrables podrían someterse a arbitraje pese a que ambas partes o una de ellas, no hayan querido someter esta específica situación a un proceso arbitral.
133. De lo señalado, y una vez aclarado que son las partes las que deciden ~~expresamente que materias someten a arbitraje. Al respecto, el artículo 53° de la Ley, establece que, "Las controversias que surjan entre las partes desde las suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje"~~, es decir, el artículo mencionado no discrimina que materias pueden ser pasibles de ser arbitradas o no, únicamente se limita a señalar que son "las controversias", debiendo entenderse, a criterio del Tribunal Arbitral, que las mismas derivan de la ejecución del contrato y por tanto engloba a todas las controversias, salvo las prohibidas por la propia ley y por las normas presupuestales.
134. La Ejecutoria Suprema Cas N° 825-2006 de fecha 15 de diciembre de 2006, recaída en el proceso de anulación de laudo seguido entre PROVIAS DEPARTAMENTAL y el Consorcio Cosapi Translei, en el considerando octavo ha señalado expresamente que *"el artículo 53 de la Ley 26350 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación o arbitraje y estando a*

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

222
Docentes
Volumen

Tribunal Arbitral
 Manuel Diego Aramburú Yzaga
 Hocwer Olivas Valverde
 Alvaro Loreño Romero

que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obras se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7° del artículo 73" [dicha causal estaba referida justamente al enriquecimiento sin causa y su supuesta inarbitrabilidad]. En tal sentido, corresponde declarar infundada la excepción de incompetencia deducida por PROVIAS NACIONAL.

135. Ahora bien con respecto al fondo de la presente pretensión, debe precisarse que la pretensión del enriquecimiento sin causa tiene su sustento en el enriquecimiento que pueda obtener una de las partes contra el empobrecimiento de la otra y sin que exista justificación alguna para ello, siendo dicha pretensión residual y excluyente, es decir, únicamente puede ser invocada cuando a criterio de la parte perjudicada no exista otra vía para solicitarla. Así, el artículo 1955° del Código Civil establece que la acción referida al enriquecimiento sin causa no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.
136. En el presente arbitraje, JOHESA-UPACA ha podido y en efecto lo hizo, plantear su pretensión como indemnización por daños y perjuicios, siendo la misma desestimada por el Tribunal Arbitral; por tanto, no es que no haya existido otra vía para plantear su reclamación sino que la misma fue desestimada al no haberse podido acreditar. En tal sentido, esta pretensión debe ser declarada improcedente.

5.5. Quinto Punto Controvertido

Determinar, en caso se declare fundado el Primer Punto Controvertido, si procede ordenar a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA, los intereses devengados de la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), y si los mismos deben computarse desde el día de la notificación de la demanda arbitral hasta el momento del pago efectivo

137. Habiéndose declarado infundada la Primera Pretensión del demandante, no corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse sobre el pago de intereses devengando respecto al monto de S/.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
 CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
 TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

223
 Presente
 Valverde

28
M. J. J. J.Tribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburu Yzaga
Hoover Olivas Valverde
Alvaro Loreda Romero

16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles) que JOHESA-UPACA manifiesta se le adeuda, por lo que esta pretensión debe ser declarada improcedente. Cabe señalar además que los intereses a que se refiere este punto controvertido (Quinta Pretensión de la demanda arbitral), son materia de otro laudo y como hemos dicho anteriormente deben reclamarse en ejecución de laudo.

5.6. Punto Controvertido en común

Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje

5.6.1. Posición de JOHESA-UPACA respecto al Punto Controvertido en común:

138. En relación a este punto controvertido, JOHESA-UPACA señala que el pago de las costas y costos comprende los honorarios de los árbitros, gastos administrativos del Centro Arbitral, retribución del Secretario del Tribunal, honorarios del abogado patrocinante y todos los demás que correspondan, y que dichos costos deben ser asumidos por PROVIAS NACIONAL.

5.6.2. Posición de PROVIAS NACIONAL respecto al Punto Controvertido en común:

139. PROVIAS NACIONAL manifiesta que la posición de la demandante no tiene ningún sustento lógico ni jurídico y que los costos del presente arbitraje deben ser asumidos por JOHESA-UPACA.

5.6.3. Posición del TRIBUNAL ARBITRAL respecto al Punto Controvertido en común:

140. A continuación el Tribunal Arbitral pasa a determinar a cuál de las partes y en qué proporción le corresponde asumir los gastos irrogados en el presente arbitraje.

141. Se aprecia del desarrollo de la *litis* que ambas partes han contribuido con su conducta a la necesidad de someter la controversia a un arbitraje de derecho, dándole las facilidades al Tribunal Arbitral para el

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2003-MTC/20)

224
M. J. J. J.

97
cálculoTribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Hoover Olivas Valverde
Alvaro Loredó Romero

desarrollo de su labor, razones por las cuales los costos y costas deben ser asumidos por ambas partes en forma proporcional.

142. Es ese sentido, cada parte deberá asumir los gastos en los que haya incurrido, tales como gastos arbitrales que incluyen la retribución de los árbitros y del secretario en proporciones iguales (50% cada una) y la defensa de cada una de ellas de manera independiente.

III. LAUDO:

Por las consideraciones jurídicas expuestas, el Tribunal Arbitral decide por unanimidad lo siguiente:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de JOHESA-UPACA respecto a declarar sin efecto por irregular y extemporánea la liquidación del Contrato efectuada por PROVIAS NACIONAL mediante Resolución Directoral N° 691.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de JOHESA-UPACA respecto a que PROVIAS NACIONAL ha efectuado un cobro indirecto indebido ascendente a S/. 136,913.67 (Ciento Treinta y Seis Mil Novecientos Trece y 67/100 Nuevos Soles) al elaborar una nueva liquidación, así como la pretensión de JOHESA-UPACA respecto a si ~~procede ordenar una compensación a su favor por la cantidad ascendente a S/. 16,612.39 (Dieciséis Mil Seiscientos Doce y 39/100 Nuevos Soles) por concepto de intereses.~~

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de JOHESA-UPACA para que PROVIAS NACIONAL cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA la suma de S/. 60,000.00 (Sesenta mil y 00/100 Nuevos Soles) más intereses, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por PROVIAS NACIONAL conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de JOHESA-UPACA respecto al pago de una indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa.

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSIASURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

225
Porcentajes
manera

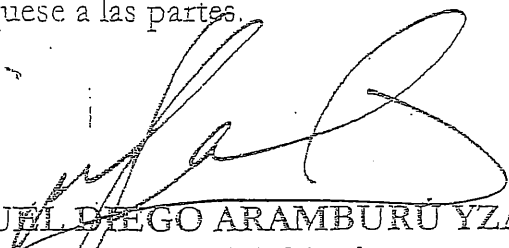
76
2005/10/20

Tribunal Arbitral
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Hoover Olivas Valverde
Alvaro Loredo Romero

SEXTO: Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de JOHESA-UPACA de que, en caso se declare fundado el Primer Punto Controvertido, se ordene a PROVIAS NACIONAL que cumpla con pagar a la orden de JOHESA-UPACA, los intereses devengados de la suma de S/. 16,612.39 (Dieciséis mil seiscientos doce y 39/100 Nuevos Soles), y si los mismos deben computarse desde el día de la notificación de la demanda arbitral hasta el momento del pago efectivo.

SÉTIMO: Ordenar que cada parte asuma en partes iguales (50% cada una) las costas y costos en los que hubiera incurrido en su defensa.

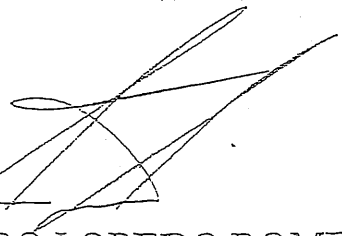
Notifíquese a las partes.



MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA
Presidente del Tribunal Arbitral



HOOWER OLIVAS VALVERDE
Árbitro



ALVARO LOREDO ROMERO
Árbitro



JUAN JOSÉ PÉREZ ROSAS PONS
Secretario Arbitral *Ad-Hoc*

ARBITRAJE DE DERECHO QUE RESUELVE LA CONTROVERSI A SURGIDA ENTRE:
CONSORCIO JOHESA-UPACA Y EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE NACIONAL (CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 306-2005-MTC/20)

226
Derecho
12/10/2005