

Arbitraje Ad Hoc

CONSORCIO VIAL SAN MARCOS / PROVIAS NACIONAL

Lima, 6 de noviembre de 2018

Señores

PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES - PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVIAS NACIONAL

Jr. Zorritos N° 1203

Cercado de Lima.-

Referencia: Arbitraje seguido entre el Consorcio Vial San Marcos y Provias Nacional.

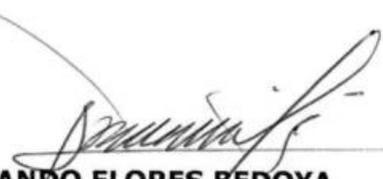
Asunto: Notificación de Laudo de Derecho y Voto emitido por el doctor Walter Albán Peralta.

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente, cumpla notificarle un ejemplar de la resolución n° 20 de fecha 31 de octubre de 2018, correspondiente al Laudo de Derecho emitido por los doctores José Guillermo Zegarra Pinto y Luis Álvaro Zúñiga León, conjuntamente con un ejemplar del voto singular emitido en la misma fecha por el doctor Walter Albán Peralta, en el arbitraje de la referencia.

Sin otro particular, quedo de Uds.

Atentamente,


ARMANDO FLORES BEDOYA
Secretaría Arbitral Ad hoc

Ministerio de Transportes y Comunicaciones	
PROCURADURÍA PÚBLICA	
07 NOV 2018	
RECIBIDO EN LA FECHA	
Hora: 12:30	Reg: 11

LAUDO DE DERECHO

CONSORCIO VIAL SAN MARCOS

(Demandante)

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

(Demandado)

Tribunal Arbitral:

Dr. José Guillermo Zegarra Pinto (Presidente)

Dr. Walter Albán Peralta (Árbitro)

Dr. Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Secretario Arbitral:

Armando Flores Bedoya

Contrato N° 075-2013-MTC/20, para la ejecución de obra: "Mejoramiento de la Carretera San Marcos - Cajabamba - Sausococha, Tramo: San Marcos - Cajabamba"



RESOLUCIÓN N° 20

En Lima, a los treinta y un días del mes de octubre del dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, designado de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, emite el siguiente Laudo:

I. CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 22 de julio de 2013, el Consorcio Vial San Marcos (en lo sucesivo, **el Contratista**) y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL (en lo sucesivo, **la Entidad**) suscribieron el Contrato N° 075-2013-MTC/20, para la ejecución de obra: “Mejoramiento de la Carretera San Marcos – Cajabamba – Sausococha, Tramo: San Marcos - Cajabamba” (en lo sucesivo, **el Contrato**).
2. Conforme a lo establecido en la Vigésimo Tercera del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

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

Si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes someterán a la competencia arbitral la solución definitiva de las controversias. Para tales efectos, cualquiera de las partes deberá, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes de concluida la conciliación, iniciar el arbitraje. El vencimiento del plazo antes indicado, sin que se haya iniciado el arbitraje, implicará a las pretensiones fijadas en la solicitud de conciliación.

Las partes acuerdan que el Proceso Arbitral será de tipo Ad Hoc.

De conformidad con el artículo 52° de LA LEY se somete a arbitraje las controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato. No se someterá a arbitraje las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente Contrato.

Las reglas aplicables al proceso arbitral serán las vigentes al momento de la suscripción del presente contrato.

En caso que el monto de la cuantía de la(s) controversia (s), señalada (s) en la solicitud de arbitraje, sea (n) mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.

Si el monto de la cuantía de la (s) controversia (s) señalada (s) en la solicitud de arbitraje sea menor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias –UIT, vigentes a la fecha de la referida solicitud, la (s) controversia (s) será (n) resuelta (s) por Arbitro Único.

En caso que la (s) controversia (s) señaladas en la solicitud de arbitraje, verse (n) sobre materia de cuantía indeterminable, ésta (s) deberá (n) ser resuelta (s) por un Tribunal Arbitral Colegiado.

En el caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrará al tercero, quien presidirá el Tribunal Arbitral.

Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo Contrato, sólo procederá la acumulación de procesos y/o pretensiones siempre que exista común entre las partes formalizado por escrito.

Las partes no le confieren el Tribunal Arbitral colegiado o el Arbitro Único la posibilidad de ejecutar el laudo.

Las partes acuerdan que para la interposición del recurso de anulación del Laudo Arbitral, no constituye requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse.

La presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario o fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creado o por crearse, no será necesaria para requerir la suspensión de los efectos del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, no obstante lo indicado en el Reglamento del Centro Institucional.”

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Con fecha 16 de mayo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la cual los árbitros declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obligaron a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
4. En el mismo acto, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la secretaría arbitral, se declaró abierto el proceso arbitral y, finalmente, se otorgó el plazo correspondiente al Contratista para presentar su demanda.

III. POSICIONES DE LAS PARTES

• DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

5. Con fecha 5 de junio de 2017, el Contratista cumplió dentro del plazo conferido con presentar su demanda contra la Entidad, formulando las siguientes pretensiones:
 - **Primera Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista no estaban previstos en el contrato.
 - **Segunda Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que forman parte de la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista han sido ejecutadas por el demandante.
 - **Tercera Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista son indispensables para cumplir con la meta prevista del contrato materia de controversia.
 - **Cuarta Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin



ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista.

- **Quinta Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral reconozca y ordene a Provias Nacional el pago ascendente a S/. 4'341,375.55 (Cuatro Millones Trescientos Cuarenta y Un Mil Trescientos Setenta y Cinco con 55/100 Soles) incluido I.G.V., por concepto de partidas ejecutadas e indispensables no reconocidas por la Entidad.

6. A continuación se resumen los fundamentos de su demanda:

Sobre la primera pretensión

7. El Consorcio señala que el 22 de julio de 2013, suscribió con la Entidad, el Contrato por la suma de S/. 284'662,569.63 (Doscientos ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y nueve con 63/100 Soles) incluido IGV, con un plazo de 720 días calendarios.
8. Indica que el 29 de abril de 2016 presentó ante la Supervisión de la Obra el expediente correspondiente a la Prestación Adicional de Obra N° 09 ascendente a S/. 7'792,599.78 (Siete millones setecientos noventa y dos mil quinientos noventa y nueve con 78/100 Soles) y que el 13 de mayo de 2016 el Consorcio Supervisor de Cajabamba remitió a Provias Nacional el expediente de Prestación Adicional de Obra N° 09.
9. A su vez, sostiene que el mayor metrado de las obras adicionales en las partidas indicadas, fue verificado por el Supervisor de Obra del Consorcio Supervisor Cajabamba y que éste reformuló el expediente de acuerdo a las observaciones y recomendaciones recibidas por el proyectista HOB Consultores S.A., de los especialistas de la Unidad Gerencial de Estudios - UGE (en adelante UGE) y de la Unidad Gerencial de Obras - UGOB (en adelante UGOB).

Sobre la segunda pretensión

10. Señala que con fecha 17 de mayo de 2016, mediante Memorándum N° 2066-2016-MTC/20.5, la UGOB solicitó a la Oficina de Programación, Evaluación e Información de Provias Nacional, la certificación presupuestal correspondiente para el Presupuestal correspondiente para el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 por mayores metrados y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 06 y que con fecha 19 de mayo de 2016, mediante Informe N° 1171-2016-MTC/20.4, la Oficina de Programación, Evaluación e Información de Provias Nacional otorgó la

certificación presupuestal para atender el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 y Presupuesto Deductivo Vinculante N° 06.

11. El 25 de mayo de 2016, la Entidad emitió la Resolución Ministerial N° 381-2016-MTC/01.02 donde se aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 por la suma ascendente a S/ 3'451,224.23 (Tres millones cuatrocientos cincuenta y un mil doscientos veinticuatro con 23/100 Soles).
12. Mediante Carta N° 1691-2016-RO/CVSM, indica que solicitó la aprobación del expediente del Presupuesto Adicional de Obra N° 09 por mayores metrados ascendente a la suma de S/ 7'792,599.78 (Siete millones setecientos noventa y dos mil quinientos noventa y nueve con 78/100 Soles) incluido IGV.

Sobre la tercera pretensión

13. Según refiere el Contratista, la Entidad aprobó la Prestación Adicional N° 09 sin tener en cuenta las partidas que son necesarias para la ejecución de dicho Presupuesto. Además manifiesta que su contraparte omitió las partidas aduciendo una incongruencia en los metrados a realizarse.
14. El Contratista indica que la Entidad precisó que la prestación adicional es necesaria e indispensable. También señala que las partidas señaladas en su solicitud se encuentran relacionadas constituyendo las mismas de obligatoria ejecución por parte del Contratista, es por ello que fueron ejecutadas.

Sobre la cuarta pretensión

15. Sostiene que la carpeta asfáltica es la conformación del pavimento asfáltico en caliente, con materiales que serán procesados de acuerdo a los requerimientos establecidos en las especificaciones técnicas del proyecto, además señala que no es posible efectuar una ejecución del referido Adicional sin las partidas que no han sido aprobadas por la Entidad.

Sobre la quinta pretensión

16. Señala que se encuentran sufriendo un impacto económico, ya que la ejecución de las partidas no aprobadas se realizaron con la finalidad de cumplir con las metas previstas en el Contrato.

• CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

17. Mediante escrito de fecha 13 de julio de 2017, la Entidad contestó la demanda interpuesta por el Contratista, señalando lo siguiente respecto a cada una de las pretensiones formuladas.

Sobre las pretensiones 1, 2, 3, 4 y 5

18. Señala que las cinco pretensiones principales del Contratista están directamente vinculadas al Presupuesto Adicional 9 y, por tanto, no pueden ser objeto de controversia a través del presente arbitraje
19. Menciona que la Segunda Sala Comercial de Lima, en el Exp. N° 047-2013 sobre proceso de anulación de laudo, resolvió declarar nulo el laudo porque las ampliaciones de plazo y mayores costos vinculados a un adicional de obra no pueden ser materia arbitrable. El propio Contratista afirma en su demanda que ejecutó las partidas no autorizadas ni aprobadas, vale decir, sin el consentimiento de Provías, contraviniendo de esta manera el artículo 207 del Reglamento de Contrataciones del Estado.
20. Asimismo, afirma que el Contratista no puede alegar buena fe en la ejecución de las partidas no autorizadas ni aprobadas pues conocía que para ejecutarlas debía contar con la autorización y aprobación del Titular de la Entidad. En el supuesto negado que el Tribunal resolviera otorgar la suma pretendida por el Contratista, se modificaría directamente el Presupuesto Adicional N° 9.
21. Sobre la quinta pretensión, manifiesta que el Contratista no ha ofrecido ningún medio probatorio que probaría la ejecución de las partidas que denomina "indispensables", ni ha sustentado documentalmente la ejecución de dichas partidas ni su cuantificación.
22. Agrega que existen otros arbitrajes seguidos por el Contratista en el que pretende el reconocimiento de mayores gastos generales por ampliaciones de plazo que ya no necesita, pues la obra ya concluyó. Esto, señala, podría colegirse (en caso de ampararse la demanda) como un desequilibrio económico en contra de la Entidad pues tendría que pagarle gastos generales innecesarios más partidas ejecutadas sin autorización.
23. Por otro lado, la Entidad en el primer otrosí deduce excepción de incompetencia debido a que la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales no pueden ser sometidas a arbitraje, conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, al artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, y al artículo 23 y 22, literal k de la Ley 27785.

24. Señala que lo que se encuentra fuera de los alcances del contrato (por ejemplo, los presupuestos adicionales de obra que exceden cierto porcentaje), tiene rutas específicas excluyentes tanto del arbitraje como del Poder Judicial.
25. Agrega que un Tribunal Arbitral no es competente para resolver controversias relativas a presupuestos adicionales de obra que excedan los límites establecidos en la Ley. En un arbitraje de contrataciones, indica, prevalecen las normas de orden público establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por lo tanto, ningún tribunal arbitral puede avocarse a la competencia exclusiva del OSCE para modificar las bases, sus condiciones y pactos contractuales, ni mucho menos desconocer la propuesta técnica y económica del Contratista.
26. Concluye indicando que tal y como han sido planteadas las cinco (5) pretensiones del Contratista, todas están directamente vinculadas al Presupuesto Adicional N° 9 y, por tanto, no pueden ser objeto de controversia a través del arbitraje.

IV. ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN

27. El 5 de septiembre de 2017, el Contratista absolvió la excepción de incompetencia, señalando que las pretensiones formuladas no se dirigen a cuestionar la naturaleza extracontractual de los adicionales de obra o los adicionales aprobados por Provías, por el contrario, sostienen que se ha cumplido con efectuar trabajos necesarios e indispensables en la obra, señalados en el cuaderno de obra, así como en su solicitud de adicional de obra N° 9 para la debida ejecución del contrato y, por ende, para el cumplimiento de dicho adicional.
28. Agrega que no es correcto lo señalado por la Entidad respecto a que sus pretensiones se encuentran directamente vinculadas al Presupuesto Adicional de Obra N° 9 ya que no se cuestiona la aprobación o ejecución de dicho adicional, sino los trabajos realizados para el cumplimiento óptimo del mismo.

V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

29. El 26 de octubre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

30. El Tribunal Arbitral invitó a las partes a formular propuestas conciliatorias a fin de que puedan resolver sus controversias. No habiendo llegado a un acuerdo sobre las mismas, el Tribunal Arbitral manifestó que tenían la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio en cualquier momento del arbitraje.
31. Asimismo, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

De las controversias del Demandante:

1. Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Prestación Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista no estaban previstos en el contrato.
2. Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que forman parte de la Prestación Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista han sido ejecutadas por el demandante.
3. Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Prestación Adicional de Obra N° 09 presentada por el Contratista son indispensables para cumplir con la meta prevista del contrato materia de controversia.
4. Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista.
5. Que, el Tribunal Arbitral reconozca y ordene a Provias Nacional el pago ascendente a S/. 4'341,375.55 (Cuatro millones trescientos cuarenta y un mil trescientos setenta y cinco con 55/100 Soles) incluido I.G.V. por concepto de partidas ejecutadas e indispensable no reconocidas por la Entidad.

De las controversias del demandado

1. Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto a la primera pretensión del Consorcio Vial San Marcos que se encuentra referido a las partidas que forman parte de la prestación adicional de obra N° 09, emitidas en el contrato de ejecución de obra N° 075-2013-MTC/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.
2. Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la segunda pretensión el Consorcio Vial San Marcos, se encuentran referida a que se reconozca que las partidas que forman parte de la Prestación Adicional de Obra N° 09, presentado por el Contratista en El Contrato

de Ejecución de Obra N° 075-2013/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para reconocer esta pretensión.

3. Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la tercera pretensión del Consorcio Vial San Marcos, se encuentran referida a que se reconozca que las partidas que conforman parte de la prestación adicional de obra N° 09, presentado por el Contratista en el Contrato de Ejecución de Obra N° 075-2013-MTC/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.

4. Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la cuarta pretensión del Consorcio Vial San Marcos, que se encuentra referida a que se reconozca que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional de Obra N° 09, presentado por el Contratista en el Contrato de Ejecución de Obra N° 075-2013-MTC/20 NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.

5. Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la quinta pretensión del Consorcio Vial San Marcos, que se encuentran referida a que se reconozca y ordene que el monto ascendente a la suma de S/. 4'341,375.55 (Cuatro millones trescientos cuarenta y un mil trescientos setenta y cinco con 55/100 Soles) incluido IGV por concepto de partidas ejecutadas e indispensables no reconocidas por la Entidad, provienen del Presupuesto Adicional de Obra N° 09, no corresponde ser pagadas por PROVIAS NACIONAL, dado que NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional, conforme lo señala el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA para conocer esta pretensión.

32. Asimismo fueron admitidos los medios probatorios ofrecidos por las partes del siguiente modo:

- **Medios probatorios ofrecidos por el Contratista:**

Los ofrecidos en su escrito de demanda presentado el 5 de junio de 2017, identificados en los numerales que van del 1 al 7.

- **Medios probatorios ofrecidos por la Entidad:**

Los ofrecidos en su escrito de contestación de demanda presentado el 13 de junio de 2017, identificados en el numeral VI, las instrumentales 1 y 2.

VI. EXHIBICIÓN

33. Por resolución N° 07 de fecha 02 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió requerir a Provias Nacional cumplir con presentar la documentación detallada en el acápite VI numeral 1 de la contestación de demanda.
34. El 13 de noviembre de 2017, el Consorcio presentó su escrito de "Exhibición de medios probatorios"; y con fecha 21 de noviembre de 2017, Provias Nacional presentó su escrito de reconsideración en contra de la Resolución N° 07.
35. Por resolución N° 08 de fecha 20 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener por cumplido por parte del Consorcio lo señalado en la Resolución N° 07 y declarar infundada la reconsideración contra la resolución N° 07.

VII. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA, PRESENTACIÓN DE ALEGATO, ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

36. Por resolución N° 10 de fecha 05 de febrero de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió decretar el cierre de la etapa probatoria y otorgó a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, lo cual cumplieron con realizar el 20 de febrero de 2018.
37. El 30 de abril de 2018, Provias Nacional presentó el escrito con sumilla: "Presentamos jurisprudencia relevante". Por resolución N° 13 de fecha 09 de mayo de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado del escrito antes mencionado al Consorcio por un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.
38. El 21 de mayo de 2018, el Consorcio presentó su escrito de "Absuelve resolución N° 13". Por resolución N° 14 de fecha 04 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado del escrito antes mencionado a Provias Nacional por un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho; y citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 19 de junio de 2018.

39. El día 19 de junio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con asistencia y participación del representante del Consorcio Vial San Marcos y la participación del representante de Provias Nacional, donde se puso en conocimiento a la otra parte del escrito presentado el 14 de junio de 2018 presentado por la Entidad de “Absolvemos Traslado”, el escrito presentado el 19 de junio de 2018 presentado por el Consorcio de “Representantes al Informe Oral” y el escrito presentado el 19 de junio de 2018 presentado por la Entidad de “Delegación”.
40. El 22 de junio de 2018 la Entidad ha presentó una copia del Laudo emitido el 27 de abril de 2018, en el proceso arbitral seguido por Obrascon Huarte Lain S.A. contra Provias Nacional, alegando que la cuarta pretensión estaría referida a pretensiones similares a las propuestas en el presente arbitraje.
41. Por resolución n° 17 del 8 de agosto de 2018 se resolvió admitir los medios probatorios ofrecidos por Provias Nacional el 30 de abril, 14 de junio y 22 de junio de 2018, así como el ofrecido el 21 de mayo de 2018 por el Consorcio Vial San Marcos.

VIII. FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR Y PRÓRROGA DEL MISMO.

42. Por resolución n° 18 del 8 de agosto de 2018 se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computados desde el día hábil siguiente de notificadas las partes con dicha resolución, pudiendo dicho plazo ser prorrogado por el mismo término.
43. Mediante resolución n° 19 de fecha 12 de septiembre de 2018 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, computados a partir del día hábil siguiente de vencido el término original.

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS:

1. Antes de analizar la cuestión controvertida, este Tribunal considera conveniente determinar el marco legal dentro del cual se encuadra lo concerniente al contrato celebrado entre las partes.

La presente controversia se genera producto de la Licitación Pública N° 0033-2012-MTC /20 que derivó en la suscripción del Contrato para la ejecución de la Obra: “Mejoramiento de la Carretera San Marcos – Cajabamba – Sausocicha, Tramo: San Marcos Cajabamba, en

concordancia con el Expediente Técnico, las Bases Integradas, sus Propuestas Técnicas y Económica”.

La Cláusula Décimo Sétima del Contrato establece la Base Legal aplicable para interpretación del Contrato, estableciéndose el siguiente orden de prelación:

- El Contrato;
- Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.L N° 1017 y su Reglamento, aprobado por D.S N° 184-2008-EF y sus modificatorias mediante Ley N° 29873 y D.S. N° 138-2012-EF, respectivamente;
- Las Directivas que emita el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;
- Código Civil.

2. Que, constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea este de derecho o de conciencia, los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, los mismos que han sido recogidos expresamente en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el curso de este arbitraje.

Que, asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. Al respecto, debe decirse que, desde un punto de vista general y aplicable a todo tipo de proceso, la doctrina comparada ha señalado en tema de valoración de pruebas que:

“...en el análisis de la prueba ofrecida y producida, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones.

En igual sentido, se ha decidido que es facultad del juzgador preferir unas pruebas sobre otras, haciendo referencia expresa a las que han servido más decididamente a las conclusiones a que se arriba, sin que ello autorice a afirmar que las otras no han sido computadas...”¹

¹ VARELA, Casimiro A. “Valoración de la Prueba”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 52.

En sede arbitral, lo dicho precedentemente encuentra una explicación aún más libre, pues a diferencia del proceso judicial en donde la valoración de las pruebas debe ser conjunta, el árbitro se encuentra facultado a resolver libremente sobre la pertinencia, admisibilidad y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 43° del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso:

“1. El tribunal arbitral tiene facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios...”

La norma antedicha faculta al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración, el cual debe ejercitarse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido bien resaltado por *HINOJOSA SEGOVIA* y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “... la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...”²

3. Que habiendo expuesto el marco normativo aplicable al presente arbitraje y, antes de realizar el análisis de la cuestión controvertida, el Tribunal Arbitral fijará el orden en que se analizarán los puntos controvertidos, a efectos de que haya mejor ilación entre los considerandos y lo que finalmente se resuelva. En ese sentido, se ha determinado que los puntos controvertidos se resolverán de la siguiente forma: i) análisis de la excepción de incompetencia deducida por la Entidad contra las cinco (5) pretensiones de la demanda; ii) análisis de las pretensiones expuestas por el Consorcio en el orden que fueron fijados en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA CONTRA LAS PRETENSIONES 1, 2, 3, 4 Y 5 DE LA DEMANDA: “LA DECISIÓN DE LA ENTIDAD DE APROBAR LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES NO PUEDEN SER SOMETIDAS A ARBITRAJE”; ASI COMO, DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS PRESENTADOS POR PROVIAS NACIONAL EL 17 DE OCTUBRE DE 2017

4. La Entidad deduce excepción de incompetencia sobre las cinco (5) pretensiones de la demanda, amparándose en lo dispuesto en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto la decisión de la

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El Recurso de Anulación contra los Laudo Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España. 1991. Pág. 309.

Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de adicionales de obra, no podría ser sometida a arbitraje.

- **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista no estaban previstos en el contrato.
- **SEGUNDA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que forman parte de la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista han sido ejecutadas por el demandante.
- **TERCERA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que todas las partidas que conforman la Pretensión Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista son indispensables para cumplir con la meta prevista del contrato materia de controversia.
- **CUARTA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral declare y reconozca que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional de Obra N° 09 presentado por el Contratista.
- **QUINTA PRETENSIÓN:** Que, el Tribunal Arbitral reconozca y ordene a Provías Nacional el pago ascendente a S/. 4'341,375.55 (Cuatro Millones Trescientos Cuarenta y Un mil trescientos setenta y cinco con 55/100 Soles) incluido I.G.V. por concepto de partidas ejecutadas e indispensables no reconocidas por la Entidad.

Art. 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones:

(...)

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

(...)

41.5. *La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones*

adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

Asimismo, PROVIAS NACIONAL en su escrito presentado el 17 de octubre de 2017, formula lo siguiente:

PRIMERO: Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto a la primera pretensión del Consorcio Vial San Marcos que se encuentra referido a las partidas que forman parte de la prestación adicional de obra N° 09, emitidas en el contrato de ejecución de obra N° 075-2013-MTC/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.

SEGUNDO: Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la segunda pretensión el Consorcio Vial San Marcos, se encuentran referida a que se reconozca que las partidas que forman parte de la Prestación Adicional de Obra N° 09, presentado por el Contratista en El Contrato de Ejecución de Obra N° 075-2013/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para reconocer esta pretensión.

TERCERO: Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la tercera pretensión del Consorcio Vial San Marcos, se encuentran referida a que se reconozca que las partidas que conforman parte de la prestación adicional de obra N° 09, presentado por el Contratista en el Contrato de Ejecución de Obra N° 075-2013-MTC/20, NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.

CUARTO: Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la cuarta pretensión del Consorcio Vial San Marcos, que se encuentra referida a que se reconozca que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional de Obra N° 09, presentado por el Contratista en el Contrato de Ejecución de Obra N° 075-2013-MTC/20 NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional conforme lo señala el Art. 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA, para conocer esta pretensión.

QUINTO: Que, el Tribunal Arbitral declare que respecto de la quinta pretensión del Consorcio Vial San Marcos, que se encuentran referida

a que se reconozca y ordene que el monto ascendente a la suma de S/. 4'341.375.55 (Cuatro millones trescientos cuarenta y un mil trescientos setenta y cinco con 55/100 Soles) incluido IGV por concepto de partidas ejecutadas e indispensables no reconocidas por la Entidad, provienen del Presupuesto Adicional de Obra N° 09, no corresponde ser pagadas por PROVIAS NACIONAL, dado que NO ES UNA MATERIA ARBITRABLE, por tratarse de una prestación adicional, conforme lo señala el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones con el Estado, consecuentemente el TRIBUNAL NO TIENE COMPETENCIA para conocer esta pretensión.

5. Respecto a la excepción deducida, así como, a los puntos controvertidos presentados por PROVIAS NACIONAL el 17 de octubre de 2017, en los cuales se advierte que se sustenta en que no es materia arbitrable las controversias sometidas a nuestra competencia, debe indicarse que el numeral 1) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece que: “El tribunal arbitral es el único es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (El resaltado es agregado).

De esta manera, las “**excepciones**” (también llamadas como “**objeciones**” por la Ley de Arbitraje) constituyen una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o de defensa, pues son herramientas procesales que emplean las partes a fin de cuestionar la viabilidad del arbitraje e impedir la continuidad de algunas o todas las actuaciones arbitrales, sin cuestionar, necesariamente, el fondo de la controversia.

6. En este punto, cabe precisar que la absolución de excepciones en la vía arbitral está estrechamente ligada al ejercicio del *kompetence - kompetence*³ de los árbitros, en virtud del cual éstos son los competentes para pronunciarse sobre los alcances de su propia competencia, ya sea a partir de la valoración de los vicios de fondo o forma que se aleguen en torno a la validez y/o eficacia del convenio arbitral; o desde la evaluación de los elementos de juicio que comprometan su autoridad para resolver la materia controvertida.

³ El principio de *kompetence - kompetence* consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo (...) RUBIO GUERRERO, Roger. “El principio Competence - Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, en Lima Arbitration N° 04-2010/2011, Lima, 2011. Pág. 101.

Dicho principio, exclusivo del arbitraje, faculta a los árbitros a que, en ejercicio de su discrecionalidad, sin que esto implique vulneración alguna al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, decida motivadamente sobre su propia competencia, siendo el único competente para realizar dicha labor.

7. Que, tras delimitar la excepción deducida y determinar la base legal aplicable, corresponde enmarcar lo correspondiente a la competencia del tribunal arbitral. Al respecto, el art. 2° del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje señala que *“son materias susceptibles de arbitraje aquellas materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados internacionales autoricen.”*

Así pues, debe tenerse presente en primer lugar que, una vez perfeccionado el contrato⁴, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad en la forma y oportunidad establecidas en el mismo.

8. Siguiendo la lógica antes expuesta, el Tribunal Arbitral considera ahora importante, proceder a citar la definición legal del concepto denominado **prestación adicional de obra**; y de igual forma continuemos exponiendo los alcances del mismo dentro de la legislación nacional de contratación estatal.
9. Conforme señala el **ANEXO ÚNICO ANEXO DE DEFINICIONES del REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (RLCE)**:

40. Prestación adicional de obra:

Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

10. Tal como se puede observar, según el **RLCE**, estaremos ante un supuesto de prestación adicional de obra cuando el mismo cumpla con las siguientes **3 (tres) condiciones**:
 - a) No debe estar considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original.
 - b) Su realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.
 - c) Genera un presupuesto adicional.

⁴ El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, de conformidad con el artículo 116 del Reglamento vigente.

11. Del mismo modo, la **Ley de Contrataciones del Estado (LCE)** en su el artículo 41° señala lo siguiente:

Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.5 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

12. En este punto de la exposición, nos detenemos un momento y procedemos a destacar una actividad que reviste enorme importancia dentro de la nuestra legislación de contratación estatal, y en cualquier otra. Dicha actividad es la siguiente: la aplicación de una norma debe ser hecha en concordancia con la lógica o principios que inspiran a la misma.
13. Debemos tener muy presente, que todos los procesos de contratación regulados por la **LCE** y el **RLCE**, se rigen por toda una serie de principios, entre los cuales podemos destacar los **principios de eficiencia y economía**.

Principio de Eficiencia (4 Literal f): Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia⁵.

Principio de Economía (4 Literal i): En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos⁶, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

14. No es novedad advertir, que tanto la lectura como la aplicación de la LCE y el RLCE deben ser hechas sobre la óptica y/o lógica que subyace a dichas normas. Es harto claro que las normas en mención buscan, por sobretodas las cosas, la maximización de los recursos del Estado. Todo acto y/o interpretación en contrario a lo expuesto, no sería mas que una contravención a la naturaleza misma de la contratación estatal.

⁵ La negrita y el subrayado es nuestro.

⁶ La negrita y el subrayado es nuestro.

15. Tomando en consideración lo antes expuesto, y teniendo en cuenta la ratio que subyace a la normativa de contratación estatal peruana; creemos que no corresponde realizar una aplicación extensiva de la norma, sino más bien lo que se debe de hacer es una aplicación restrictiva de lo dispuesto en el **artículo 41, numeral 41.5 de la LCE**. Consideramos que toda normativa de contratación estatal, no solo la peruana, debe buscar privilegiar la adquisición, producción, y generación de bienes, servicios y obras; bajo una lógica que busque la optimización de la inversión y/o recursos del estado.
16. Una aplicación extensiva de lo dispuesto en el **artículo 41, numeral 41.5 de la LCE**, es un claro ejemplo de la contravención expuesta en el párrafo precedente. El Tribunal Arbitral considera que una aplicación restrictiva de la norma debe circunscribirse, la prohibición de recurrir a arbitraje, solo para aquellos supuestos en los cuales exista un cuestionamiento claro e incuestionable a la naturaleza misma del adicional. Pasamos a explicarnos con mayor detalle.
17. En principio, serán susceptibles de recurrir a un arbitraje, aquellos supuestos en los cuales se cumpla con las 3 (tres) condiciones exigidas para una prestación adicional: (1) No estar considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original; (2) Su realización debe resultar indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal; y (3) Genera un presupuesto adicional. El no resolver una controversia con estas características, solo generaría mayores costos para la Entidad y ende para el Estado Peruano. Los costos económicos y no económicos que traen consigo un litigio en el Poder Judicial, no es más que una prueba palpable y evidente de una contravención a la lógica de la contratación estatal.
18. En conclusión, el tribunal arbitral considera que lo señalado en el párrafo precedente, la prohibición expuesta **artículo 41, numeral 41.5 de la LCE** se debe circunscribir a los supuestos en los cuales no se cumpla con alguna de las 3 (tres) condiciones exigidas para una prestación adicional. Si bien una parte puede denominar como prestación adicional de obra a un determinado supuesto, sin embargo esto no será considerado como tal mientras no cumpla con las 3 (tres) condiciones antes expuestas. Es precisamente para estos últimos casos, para la cual queda reservada la aplicación de la prohibición antes mencionada.
19. En tal sentido, se declaran **INFUNDADAS** las excepciones de incompetencia deducidas por la Entidad demandada respecto a las pretensiones 1, 2, 3, 4 y 5 de la demanda arbitral.

Asimismo, se declaran **INFUNDADOS** los puntos controvertidos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de fecha 17 de octubre de 2017.

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: “QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE CONFORMAN LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA NO ESTABAN PREVISTOS EN EL CONTRATO”.

20. Tal como se ha expuesto precedentemente, la Prestación Adicional es definida como aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

Del mismo modo, de conformidad con la OPINIÓN N° 167-2016/DTN:

“(…), en caso de obras el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales.

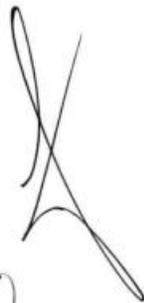
De esta manera, una prestación -independiente de la denominación que se le atribuya- será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra; debiendo considerarse estas características como concurrentes.”

Por lo expuesto, se tiene que las Prestaciones Adicionales de Obra, representan la ejecución de prestaciones no consideradas en el Expediente Técnico ni en el Contrato; por lo que, en principio, las partidas contenidas en los Presupuestos Adicionales de Obra no se encuentran contenidas en el Contrato, sino representan nuevas prestaciones o modificaciones de las ya contenidas.

21. Ahora bien, es menester de este tribunal arbitral revisar las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 ofrecido como medio probatorio al proceso, a fin de corroborar si efectivamente, son partidas no contenidas en el Contrato Principal. Se observan las partidas del Presupuesto Adicional N° 09 a continuación:

cuadro 1

Item	Descripción	Und.
100	OBRAS PRELIMINARES	
103.A	MANTENIMIENTO DE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL	mes
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
201.B	DESBROCE Y LIMPIEZA EN ZONAS NO BOSCOSAS	ha
202.B	DEMOLICION DE ESTRUCTURAS	m3
205.A	EXCAVACION EN MATERIAL SUELTO	m3
205.E	PERFILADO Y COMPACTADO EN ZONA DE CORTE	m2
206.A	REMOCION DE DERRUMBES	m3
210.A	CONFORMACION DE TERRAPLENES	m3
220.B1	CORTE PARA MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	m3
220.B2	CONFORMACION DE MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	m3
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	m3
242.A	BANQUETAS PARA RELLENOS	m3
300	SUB BASE Y BASE	
303.A	SUB BASE GRANULAR	m3
305.A	BASE GRANULAR	m3
400	PAVIMENTO ASFALTICO	
401.A	IMPRIMACION ASFALTICA	m2
410.A	CONCRETO ASFALTICO EN CALIENTE	m3
420.B	CEMENTO ASFALTICO DE PENETRACION 60-70	kg
422.A	ASFALTO DILUIDO MC-30	l
423.A	FILLER MINERAL	kg
424.A	ADITIVO MEJORADOR DE ADHERENCIA	kg
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	m3
602.A	ELIMINACION DE ALCANTARILLAS TMC EXISTENTES	m
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	m3
605.C	RELLENO PARA SUELO REFORZADO	m3
610.D1	CONCRETO CLASE D (F'C=210 KG/CM2)	m3
610.E	CONCRETO CLASE E (F'C=175 KG/CM2)	m3
610.H	CONCRETO CLASE H (F'C=100 KG/CM2)	m3
610.J	CONCRETO CLASE J (F'C=175 KG/CM2 + 30% P.G)	m3
612.A	ENCOFRADO Y DEENCOFRADO	m2
615	ACERO DE REFUERZO FY=4200 KG/CM2	kg
622.B	TUBERIA METALICA CORRUGADA IRCULAR DE 0.90 M DE DIAMETRO	m




623.A	TUBERIA HDPE CORRUGADA 4"	m
623.B	TUBERIA HDPE CORRUGADA 6"	m
624.B	TUBO DE PVC-SAP, D=2"	m
625.B1	MATERIAL FILTRANTE TIPO I	m3
625.F	TUBERIA DE VENTILACION PARA SUBDRENAJE	m
630.A	GEOCOMPUESTO DE DRENAJE	m2
635.A	CUNETAS TRIANGULAR TIPO I	m
635.B	CUNETAS TRIANGULAR TIPO II	m
635.C	CUNETAS TRIANGULAR TIPO III	m
635.D	CUNETAS TRIANGULAR TIPO IV	m
635.E	CUNETAS RECTANGULAR CON TAPA TIPO I	m
635.F	CUNETAS RECTANGULAR CON TAPA TIPO II	m
635.N	CANAL TIPO IV TRAPEZOIDAL REVESTIDO H=0.40 m	m
637.A	BORDILLO	m
638.A	SARDINEL PERALTADO	m
639.A	TAPA PASE PEATONAL TIPO I	u
639.B	TAPA PASE PEATONAL TIPO II	u
640.A	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.10M	m2
640.C	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.20M	m2
650.H	GEOTEXTIL NO TEJIDO CLASE 2	m2
651.A	GEOMALLA DE POLIESTER TIPO I	m2
655.B	JUNTA PARA MUROS	m2
665.A	ELEMENTO MURO DE SUELO REFORZADO	m3
690.C	BARANDA METALICA TIPO IV	m
700	TRANSPORTE	
700.A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	m3-k
700.B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	m3-k
700.C	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D<= 1KM	m3-k
700.D	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D> 1KM	m3-k
700.E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	m3-k
700.F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	m3-k
700.I	TRANSPORTE DE MATERIAL DE DERRUMBE A DME PARA D> 1KM	m3-k
700.J	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D<= 1KM	m3-k
700.K	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D> 1KM	m3-k
800	SEÑALIZACIÓN Y SEGURIDAD VIAL	
806.A	TACHON	u

cuadro 2

Cuadro 3

810.A	MARCAS EN EL PAVIMENTO TIPO I	m2
840.A	PINTADO DE PARAPETOS DE MUROS, ALCANTARILLAS Y SARDINELES	m2
855.A	GIBAS O RESALTO	m
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906.A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	m3

Asimismo, las partidas del Presupuesto Deductivo Vinculante son los siguientes:

2.05 Partidas que Constituyen el Presupuesto Deductivo Vinculante N°06

Las Partidas que constituyen el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 06, son las siguientes:

Item	Descripción	Und.
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
201.B	DESBROCE Y LIMPIEZA EN ZONAS NO BOSCOSAS	ha
202.B	DEMOLICION DE ESTRUCTURAS	m3
205.A	EXCAVACION EN MATERIAL SUELTO	m3
205.E	PERFILADO Y COMPACTADO EN ZONA DE CORTE	m2
210.A	CONFORMACION DE TERRAPLENES	m3
220.B1	CORTE PARA MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	m3
220.B2	CONFORMACION DE MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	m3
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	m3
300	SUB BASE Y BASE	
303.A	SUB BASE GRANULAR	m3
305.A	BASE GRANULAR	m3
400	PAVIMENTO ASFALTICO	
401.A	IMPRIMACION ASFALTICA	m2
410.A	CONCRETO ASFALTICO EN CALIENTE	m3
420.B	CEMENTO ASFALTICO DE PENETRACION 60-70	kg
422.A	ASFALTO DILUIDO MC-30	l
423.A	FILLER MINERAL	kg
424.A	ADITIVO MEJORADOR DE ADHERENCIA	kg
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	m3
602.A	ELIMINACION DE ALCANTARILLAS TMC EXISTENTES	m
603.A	ENCAUZAMIENTO PARA ALCANTARILLAS	m3
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	m3
610.E	CONCRETO CLASE E (F'c=175 KG/CM2)	m3
612.A	ENCOFRADO Y DESENCOFRADO	m2
622.B	TUBERIA METALICA CORRUGADA IRCULAR DE 0.90 M DE DIAMETRO	m
623.B	TUBERIA HDPE CORRUGADA 6"	m
625.B1	MATERIAL FILTRANTE TIPO I	m3

cuadro 4

Cuadro5

625 F	TUBERIA DE VENTILACION PARA SUBDRENAJE	m
635 A	CUNETAS TRIANGULAR TIPO I	m
635 K	CANAL TIPO I RECTANGULAR REVESTIDO H=1.50 m	m
636 A	CANAL TIPO I TRAPEZOIDAL SIN REVESTIR H=0.40	m
640 A	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.10M	m2
640 C	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.20M	m2
650 H	GEOTEXTIL NO TEJIDO CLASE 2	m2
660 A	GAVION TIPO CAJA	m3
700	TRANSPORTE	

*Mejoramiento de la Carretera San Marcos - Cajabamba - Sausacocho
 Tramo: San Marcos - Canbanba*

Presupuesto Adicional de Obra N° 09

700 A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	m3-k
700 B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	m3-k
700 C	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D<= 1KM	m3-k
700 D	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D> 1KM	m3-k
700 E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	m3-k
700 F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	m3-k
700 J	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D<= 1KM	m3-k
700 K	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D> 1KM	m3-k
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906 A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	m3

cuadro 6

22. Que, de la revisión de los Asientos del Cuaderno de Obra y de los documentos contractuales ofrecidos como medios probatorios de la demanda, se verifica que, efectivamente, cada una de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09, responden a partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato o en el Proyecto o Expediente Técnico. Se advierte a su vez que la ejecución de cada una de las partidas contenidas en dicho Presupuesto Adicional cuentan con la aprobación de la Supervisión Consorcio Supervisor Cajabamba, según se desprende la Carta N° 236-2016/AOB-JS-CSCJ con la cual, la Supervisión cumple con entregar el Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09.
23. Que, si bien en el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 09, la Supervisión aprueba la ejecución de los mayores metrados sólo para las partidas genéricas de: Obras Preliminares por: Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial; Movimiento de Tierras por: Remoción de Derrumbes y Escaleras de Acceso; Obras de Arte y Drenaje; Adecuación de Eje Km. 04 + 100 al Km. 04 + 400; Cunetas, Canales, Bordillos, Pases Peatonales y Escaleras de Acceso; Transporte; Señalización por: Gibas; y Protección Ambiental por: Acondicionamiento de Desechos de Excedente; no deja de reconocer que las demás partidas contenidas en el Presupuesto Adicional presentado por el Contratista, responde a trabajos adicionales ejecutados por el Contratista cuya ejecución resultan de naturaleza indispensable, pues aceptar la premisa de PROVIAS NACIONAL es pretender que se construya una plataforma que no tenga

soporte sobre el suelo (mesa sin patas), esto es que, prácticamente, este flotando sobre el aire .

24. Vale resaltar el hecho que, la propia Supervisión reconoce que todas las partidas del Presupuesto Adicional N° 09 responden a mayores metrados no contemplados en el Expediente Técnico; sin perjuicio de observar las siguientes partidas por haber sido ejecutadas de forma previa a la presentación del Presupuesto Adicional N° 09:

Cuadro 7

Ítem	Descripción	Partida
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
201.B	DESBROCE Y LIMPIEZA EN ZONAS NO BOSCOSAS	Contractual
202.B	DEMOLICION DE ESTRUCTURAS	Contractual
205.A	EXCAVACION EN MATERIAL SUELTO	Contractual
205.E	PERFILADO Y COMPACTADO EN ZONA DE CORTE	Contractual
210.A	CONFORMACION DE TERRAPLENES	Contractual
220.B1	CORTE PARA MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	Contractual
220.B2	CONFORMACION DE MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	Contractual
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	Contractual
242.A	BANQUETAS PARA RELLENOS	Contractual
300	SUB BASE Y BASE	
303.A	SUB BASE GRANULAR	Contractual
305.A	BASE GRANULAR	Contractual
400	PAVIMENTO ASFALTICO	
401.A	IMPRIMACION ASFALTICA	Contractual
410.A	CONCRETO ASFALTICO EN CALIENTE	Contractual
420.B	CEMENTO ASFALTICO DE PENETRACION 60-70	Contractual
422.A	ASFALTO FLUIDO MC-30	Contractual
423.A	FILLER MINERAL	Contractual
424.A	ADITIVO MEJORADOR DE ADHERENCIA	Contractual
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	Contractual
602.A	ELIMINACION DE ALCANTARILLAS TMC EXISTENTES	Contractual

Cuadro8

Ítem	Descripción	Partida
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	Contractual
610.E	CONCRETO CLASE E (FC=175 KG/CM2)	Contractual
610.J	CONCRETO CLASE J (FC=175 KG/CM2 + 30% P.G)	Contractual
612.A	ENCOFRADO Y DEENCOFRADO	Contractual
622.B	TUBERIA METALICA CORRUGADA IRCULAR DE 0.90 M DE DIAMETRO	Contractual
623.A	TUBERIA HDPE CORRUGADA 4'	Contractual
623.B	TUBERIA HDPE CORRUGADA 6'	Contractual
624.B	TUBO DE PVC-SAP, D=2"	Contractual
625.B1	MATERIAL FILTRANTE TIPO I	Contractual
625.F	TUBERIA DE VENTILACION PARA SUBDRENAJE	Contractual
630.A	GEOCOMPUESTO DE DRENAJE	Contractual
650.H	GEOTEXTIL NO TEJIDO CLASE 2	Contractual
655.B	JUNTA PARA MUROS	Contractual
700	TRANSPORTE	
700.A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	Contractual
700.B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	Contractual
700.C	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D<= 1KM	Contractual
700.D	TRANSPORTE DE MEZCLA ASFALTICA PARA D> 1KM	Contractual
700.E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	Contractual
700.F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	Contractual
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906.A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	Contractual

cuadro9

Adicional por Estabilización de Suelos Inadecuados

Ítem	Descripción	Partida
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
220.B1	CORTE PARA MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	Contractual
220.B2	CONFORMACION DE MEJORAMIENTO A NIVEL DE SUBRASANTE	Contractual
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	Contractual
700	TRANSPORTE	
700.A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	Contractual
700.B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	Contractual
700.E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	Contractual
700.F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	Contractual
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906.A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	Contractual

Cuadro 10
 Adicional por Subdrenes

Item	Descripción	Partida
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	Contractual
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	Contractual
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	Contractual
610.E	CONCRETO CLASE E (FC=175 KG/CM2)	Contractual

612.A	ENCOFRADO Y DESENCOFRADO	Contractual
623.B	TUBERIA HDPE CORRUGADA 6"	Contractual
625.B1	MATERIAL FILTRANTE TIPO I	Contractual
625.F	TUBERIA DE VENTILACION PARA SUBDRENAJE	Contractual
640.C	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.20M	Contractual
650.H	GEOTEXTIL NO TEJIDO CLASE 2	Contractual
700	TRANSPORTE	
700.A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	Contractual
700.B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	Contractual
700.E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	Contractual
700.F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	Contractual
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906.A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	Contractual

Cuadro 11

Adicional por Alcantarilla TMC Ø 36"

Item	Descripción	Partida
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	Contractual
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	Contractual
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	Contractual
610.D1	CONCRETO CLASE D (FC=210 KG/CM2)	Contractual
610.H	CONCRETO CLASE H (FC=100 KG/CM2)	Contractual
612.A	ENCOFRADO Y DEENCOFRADO	Contractual
615	ACERO DE REFUERZO FY=4200 KG/CM2	Contractual
622.B	TUBERIA METALICA CORRUGADA IRCULAR DE 0.90 M DE DIAMETRO	Contractual
640.C	EMBOQUILLADO DE PIEDRA E=0.20M	Contractual
700	TRANSPORTE	
700.A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	Contractual
700.B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	Contractual
700.E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	Contractual
700.F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	Contractual
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906.A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	Contractual

Cuadro 12

Adicional por Muros de Sostenimiento de Concreto Ciclópeo, Concreto Armado y Suelo reforzado.

Item	Descripción	Partida
200	MOVIMIENTO DE TIERRAS	
230.A	MATERIAL DE CANTERA PARA RELLENO	Contractual
600	OBRAS DE ARTE Y DRENAJE	
601.A	EXCAVACION NO CLASIFICADA PARA ESTRUCTURAS	Contractual
605.A	RELLENOS PARA ESTRUCTURAS	Contractual
605.C	RELLENO PARA SUELO REFORZADO	Contractual
610.D1	CONCRETO CLASE D (FC=210 KG/CM2)	Contractual
610.H	CONCRETO CLASE H (FC=100 KG/CM2)	Contractual

Cuadro 13

Item	Descripción	Partida
610 J	CONCRETO CLASE J (F'c=175 KG/CM2 + 30% P.G)	Contractual
612 A	ENCOFRADO Y DESENCOFRADO	Contractual
615	ACERO DE REFUERZO FY=4200 KG/CM2	Contractual
623 A	TUBERIA HDPE CORRUGADA 4"	Contractual
624 B	TUBO DE PVC-SAP. D=2"	Contractual
630 A	GEOCOMPUESTO DE DRENAJE	Contractual
650 H	GEOTEXTIL NO TEJIDO CLASE 2	Contractual
651 A	GEOMALLA DE POLIESTER TIPO I	Contractual
655 B	JUNTA PARA MUROS	Contractual
665 A	ELEMENTO MURO DE SUELO REFORZADO	Contractual
700	TRANSPORTE	
700 A	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D<= 1KM	Contractual
700 B	TRANSPORTE DE MATERIAL GRANULAR PARA D> 1KM	Contractual
700 E	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D<= 1KM	Contractual
700 F	TRANSPORTE DE DESECHOS Y EXCEDENTES A DME PARA D> 1KM	Contractual
700 J	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D<= 1KM	Contractual
700 K	TRANSPORTE DE PIEDRA PARA GAVIONES D> 1KM	Contractual
900	PROTECCION AMBIENTAL	
900	PROGRAMA DE CIERRE DE OBRA	
906 A	ACONDICIONAMIENTO DE DESECHOS Y EXCEDENTE	Contractual

25. Estando a lo expuesto, se desprende que, cada una de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09, responde a partidas o mayores metrados no contenidos en el Contrato suscrito entre las partes que comprende el Expediente Técnico; sin perjuicio de que hayan sido aprobadas o no por la Supervisión y por la Entidad, situación que se analizará al resolver los siguientes puntos controvertidos. En tal sentido, corresponde declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda y reconocer que cada una de las partidas contempladas en el Presupuesto Adicional N° 09, responden a partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato primigenio.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: "QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE FORMAN PARTE DE LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA HAN SIDO EJECUTADAS POR EL DEMANDANTE."

26. Con relación a esta pretensión y tras lo expuesto por ambas partes en el presente proceso arbitral, se advierte que todas las partidas que conforman el expediente técnico del Adicional N° 09 presentado por el Contratista, tanto las observadas por las Entidad como las aprobadas por ésta, han sido ejecutadas por el Contratista y forman parte de los trabajos necesarios para el objeto de la Prestación Adicional N° 09 y el objeto del contrato.

27. Que, si bien de la revisión de los medios probatorios ofrecidos se desprende que las partidas observadas y no reconocidas por la Entidad, ya habrían sido ejecutadas por el Contratista, no existe medio probatorio que genere certeza en el Tribunal Arbitral de que las partidas no contenidas en el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 09, aprobado por la Supervisión y por la Entidad, hayan sido ejecutadas sin previa autorización de la Entidad.
28. Vale mencionar que, la carga de la prueba le pertenece a quien alega los hechos y en este caso, a quien pretende se declare una situación de hecho. En tal sentido, de lo único que tiene certeza el Tribunal Arbitral, tras el análisis en conjunto de las pruebas aportadas al proceso es de la necesidad de la ejecución de las partidas del Presupuesto Adicional N° 09 y de la ejecución de las partidas ejecutadas y no reconocidas en el Expediente Técnico de dicha prestación adicional; por lo que, corresponde declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demanda, al haberse acreditado fehacientemente la ejecución de la totalidad de las partidas contenidas en el expediente técnico de la Prestación Adicional N° 09, presentada por el Contratista.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: “QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE CONFORMAN LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADA POR EL CONTRATISTA SON INDISPENSABLES PARA CUMPLIR CON LA META PREVISTA DEL CONTRATO MATERIA DE CONTROVERSIA.”

29. Para resolver la presente controversia, corresponde remitirnos nuevamente al Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión y aprobada por la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 381-2016-MTC/01.02 de fecha 06 de junio de 2016. Al respecto, la Supervisión manifiesta la necesidad de ejecutar las partidas aprobadas y a su vez, deja expresa constancia que el Presupuesto Adicional presentado por el Contratista cuenta con partidas necesarias que fueron ejecutadas, conllevando a que dichas partidas sean observadas y no reconocidas en el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión.
30. Véase lo expresado en el Punto 7 del Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión:

“7. En concordancia con lo establecido en el art. 207° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado RLCE, la Supervisión de Obra Consorcio Supervisor Cajabamba, ha efectuado la revisión de la documentación presentada por el contratista Consorcio Vial San Marcos. En la cual se identificaron trabajos adicionales que el contratista ha ejecutado sin previa autorización de la Entidad. Contraviniendo lo establecido en la reglamentación legal vigente. Por lo que, en el presente informe se ha desestimado aquellos trabajos adicionales ya ejecutados, reformulando el presupuesto de la prestación adicional de obra y



su deductivo vinculante, considerando solo las partidas adicionales que no se encuentran ejecutadas”.

31. Tras lo expuesto, se desprende que a fin de cumplir con la finalidad del Contrato, la Entidad aprobó la Prestación Adicional N° 09; no obstante, no aprobó partidas indispensables que fueron ejecutadas por el Contratista y que se encuentran comprendidas dentro del Presupuesto Adicional N° 09; en tal sentido, estando a las reglas de la sana crítica y a las máximas de la experiencia, a fin que el Presupuesto Adicional N° 09 sea ejecutado íntegramente, fue necesario de la ejecución de aquellos metrados y partidas adicionales – *identificados al resolver el primer punto controvertido* – que no fueron aprobados por la Supervisión y Entidad, siendo que a criterio de este colegiado resulta imposible construir la carpeta asfáltica sin la ejecución previa de las partidas no reconocidas por el demandado.
32. Ergo, se concluye, en aplicación de la técnica de valoración de la prueba descrita en el considerando anterior, que cada partida descrita en el Presupuesto Adicional N° 09, resulta indispensable para el cumplimiento de la finalidad del Contrato, al haberse acreditado las deficiencias del Expediente Técnico; por lo que, corresponde declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la Demanda.

RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: “QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE RESULTA IMPOSIBLE EJECUTAR LA CARPETA ASFÁLTICA SIN EJECUTAR LAS PARTIDAS NO RECONOCIDAS POR LA ENTIDAD EN EL PRESUPUESTO ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA.”

33. Que, este Tribunal Arbitral ha emitido pronunciamiento al resolver el punto controvertido anterior, respecto a que considera que todas las partidas observadas por la Supervisión y no reconocidas por la Entidad, resultan indispensables para cumplir con la finalidad de la Prestación Adicional N° 09 y; por consiguiente, del Contrato, resultando **FISICAMENTE** imposible construir la carpeta asfáltica sin la construcción de las partidas no reconocidas y que son sub litis.

Esto en atención al análisis del Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión y aprobada por la Entidad, de donde se desprende que todas las partidas ejecutadas comprendidas en el Presupuesto Adicional N° 09, presentado por el Contratista, son partidas indispensables para el cumplimiento de la finalidad del Adicional y del Contrato.

34. Que, la “*carpeta asfáltica*” forma parte de aquel grupo de partidas ejecutadas pero reconocidas por la Entidad a pesar de tener la calidad de indispensables para cumplir con la finalidad del Contrato, según se desprende del Cuadro 7 del presente laudo arbitral, situación a su vez reconocida por la Supervisión de Obra.
35. Por lo expuesto, corresponde declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la Demanda, declarando que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional N° 09 presentado por la Contratista.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: “QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL RECONOZCA Y ORDENE A PROVIAS NACIONAL EL PAGO ASCENDENTE A S/. 4'341,375.55 (CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 55/100 SOLES) INCLUIDO I.G.V. POR CONCEPTO DE PARTIDAS EJECUTADAS E INDISPENSABLE NO RECONOCIDAS POR LA ENTIDAD.”

36. Que, ha quedado establecido al resolver los demás puntos controvertidos que la totalidad de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 resultan indispensables para el cumplimiento de la Prestación Adicional y a su vez, del Contrato.
37. Del mismo modo, al resolver las excepciones deducidas por PROVIAS NACIONAL, este Tribunal Arbitral consideró que las pretensiones sometidas a conocimiento, no buscan la aprobación o no de un adicional. La materia sometida a controversia es el valor real del Presupuesto Adicional N° 09; es decir, una controversia derivada de la ejecución de las partidas y mayores metrados del Presupuesto Adicional N° 09.
38. Asimismo, su incidencia contractual no supera el quince (15%) del monto del contrato, con lo cual se desestiman los dos criterios contemplados en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado para delimitar las materias no arbitrables.
39. Sobre el particular, se ha desarrollado que una Prestación Adicional es aquella prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. En esa línea, al haberse acreditado: i) que todas las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 son partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato suscrito entre las partes; ii) que todas las partidas o mayores metrados considerados en el Presupuesto Adicional N° 09 eran necesarias para cumplir con la finalidad de la Obra y; iii) que las partidas observadas y

no pagadas por la Entidad y que fueron ejecutadas por el Contratista, verifica un desequilibrio económico del Contrato Administrativo.

40. Al respecto, se tiene que el literal l) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado tipifica positivamente el principio de Equidad por el cual: *“las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”*.

41. En tal sentido, debe existir una relación de equivalencia entre las prestaciones y mayores metrados ejecutados por el Contratista, más aun encontrándonos en el marco de un contrato suscrito bajo el sistema de precios unitarios, cuya naturaleza responde, precisamente, a la falta de exactitud de las cantidades y magnitudes, dando lugar a la ejecución de mayores metrados y prestaciones adicionales como en el presente caso.

Asimismo, en relación con el sistema “a precios unitarios”, Podetti⁷ indica que, *“Se trata de un sistema flexible en el precio y en la obra, por cuanto ambos solo van a quedar definitivamente determinados al momento de la conclusión de las obras, circunstancia en la que recién podrán conocerse con exactitud la cantidad de unidades ejecutadas por el constructor y, del mismo modo, el precio definitivo a ser pagado por el comitente.”*

42. De conformidad con lo expuesto, en las obras contratadas bajo el sistema “a precios unitarios” la información contenida en el expediente técnico tiene un carácter referencial, por tanto, no es posible cuantificar con exactitud los trabajos que deben ser realizados por el contratista; de esta manera, los metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debe ser pagado por la Entidad, solo pueden conocerse cuando el contratista ejecute la obra.

43. Por lo expuesto, habiéndose acreditado que el Contratista ha ejecutado los mayores metrados y prestaciones adicionales contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 y que no fueron reconocidos por la Supervisión y Entidad, corresponde se rectifique dicha situación que vulnera la equidad en el Contrato en desmedro del Contratista y; en consecuencia, ordenar el pago de la suma S/. 4'341,375.55 (CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 55/100 SOLES) INCLUIDO I.G.V.

44. Que, en vista que en los contratos a precios unitarios lo que varían son los metrados y no el precio de los mismos, corresponde aceptar el monto del Presupuesto Adicional N° 09 y ordenar no sólo el pago de la diferencia del Presupuesto Adicional, sino también del Deductivo Vinculante; en

⁷ PODETTI, Humberto, *Contrato de construcción*, Buenos Aires: Editorial Astrea, primera edición, 2004, páginas 254-255.

consecuencia, se ordena se descuente la diferencia en el monto del Deductivo Vinculante calculado por el Contratista y el calculado por la Supervisión y aprobada por la Entidad, dando como resultado el monto de S/. 2'407,466.74 (Dos Millones Cuatrocientos Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y Seis Mil con 74/100 Soles), correspondiente al valor real del Deductivo Vinculante N° 06.

45. En consecuencia, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la quinta pretensión de la Demanda y ordenar el pago en favor del Contratista, la suma ascendente a S/. 1'933,908.81 (Un Millón Novecientos Treinta y Tres Mil Novecientos Ocho con 81/100 Soles).

DE LOS GASTOS, LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL

46. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
47. En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
48. Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, se advierte que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que sus posiciones resultan atendibles en la vía arbitral y atendiendo al comportamiento procesal que las partes han demostrado, corresponde disponer que ambas asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.
- 
- 
- 

49. Finalmente, se advierte que el demandante pago en subrogación los segundos anticipos dispuestos por el Colegiado a cargo del demandado, los mismos que deberán ser reembolsados por PROVIAS NACIONAL al Consorcio San Marcos.

X. LAUDO

Por las consideraciones expuestas y conforme a Derecho, el Tribunal Arbitral en Mayoría emite el siguiente Laudo:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida contra las pretensiones 1, 2, 3,4 y 5 de la demanda; en consecuencia, este Tribunal Arbitral se declara competente para conocer las pretensiones planteadas en la demanda arbitral.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que la totalidad de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 no se encontraban contenidos en el Contrato.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que todas las partidas que conforman el Presupuesto Adicional N°09, resultan indispensables para cumplir con la finalidad del Contrato.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional N° 09.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Quinta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, corresponde ordenar a PROVIAS NACIONAL el pago de la suma ascendente a S/. 1'933,908.81 (Un Millón Novecientos Treinta y Tres Mil Novecientos Ocho con 81/100 Soles), por concepto de valor real del Presupuesto Adicional N° 09.

SÉPTIMO: Asimismo, se DECLARAN INFUNDADOS los puntos controvertidos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de fecha 17 de octubre de 2017.

OCTAVO: DISPONER que ambas partes asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje, debiendo PROVIAS NACIONAL devolver al Consorcio San Marcos el pago en subrogación los segundos anticipos dispuestos por el Colegiado a cargo del demandado.

NOVENO: DISPÓNGASE la notificación a las partes del presente Laudo Arbitral, así como la publicación de este en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, de conformidad con la regla 48 del Acta de Instalación.

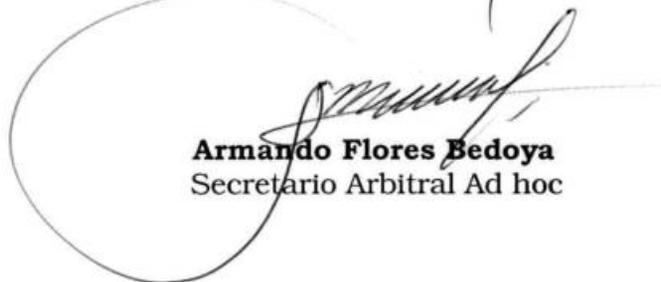
Notifíquese a las partes.



José Guillermo Zegarra Pinto
Presidente del Tribunal Arbitral



Luis Alvaro Zúñiga León
Árbitro



Armando Flores Bedoya
Secretario Arbitral Ad hoc

LAUDO DE DERECHO

(VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO WALTER ALBÁN PERALTA)

CONSORCIO VIAL SAN MARCOS

(Demandante)

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

(Demandado)

Tribunal Arbitral:

José Guillermo Zegarra Pinto (Presidente)

Walter Albán Peralta (Árbitro)

Luis Álvaro Zúñiga León (Árbitro)

Secretario Arbitral:

Armando Flores Bedoya

Contrato N° 075-2013-MTC/20, para la ejecución de obra: "Mejoramiento de la Carretera San Marcos - Cajabamba - Sausococha, Tramo: San Marcos - Cajabamba"

RESOLUCIÓN N° 20 -VOTO SINGULAR

A los 31 días del mes de Octubre de 2018, luego de haber deliberado con los otros árbitros, el Árbitro que suscribe decidió emitir un voto singular, respecto del segundo y quinto punto controvertido. Por otro lado, si bien el árbitro Albán Peralta coincide con los árbitros Zúñiga y Zegarra en la parte resolutive del laudo en los primeros cuatro puntos controvertidos, ha considerado sin embargo, emitir un texto que recoge las razones de su decisión en dichos puntos controvertidos.

Así, el árbitro Albán Peralta considera no introducir los hechos o alegaciones de las partes, pues estos han sido ya bien recogidos por el Tribunal Arbitral en su voto en mayoría.

IV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

A) POSICIÓN DEL ÁRBITRO WALTER ALBÁN PERALTA SOBRE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS:

1. Antes de analizar las cuestiones controvertidas, este Árbitro coincide al igual que sus coárbitros, en resolver todo cuestionamiento a su competencia.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA FORMULADA POR PROVIAS NACIONAL EL 17 DE OCTUBRE DE 2017

2. La Entidad dedujo excepción de incompetencia sobre las cinco (5) pretensiones de la demanda, amparándose en lo dispuesto en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a que la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de adicionales de obra, no podría ser sometida a arbitraje.
3. Respecto, a los puntos controvertidos formulados por PROVIAS NACIONAL el 17 de octubre de 2017, cabe precisar que el numeral 1) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, establece que: *"El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.* (El resaltado es agregado).

4. En tal sentido, las “excepciones” (también llamadas “objeciones” por la Ley de Arbitraje) constituyen una manera de ejercer el derecho de contradicción o de defensa, pues son herramientas procesales que emplean las partes a fin de cuestionar la viabilidad del arbitraje e impedir la continuidad de algunas o todas las actuaciones arbitrales, sin cuestionar, necesariamente, el fondo de la controversia.
5. En este punto, cabe precisar que la absolución de excepciones en la vía arbitral está estrechamente ligada al ejercicio del *kompetence - kompetence*¹ de los árbitros, en virtud del cual éstos son los competentes para pronunciarse sobre los alcances de su propia competencia, ya sea a partir de la valoración de los vicios de fondo o forma que se aleguen en torno a la validez y/o eficacia del convenio arbitral; o desde la evaluación de los elementos de juicio que comprometan su autoridad para resolver la materia controvertida.

Dicho principio, exclusivo del arbitraje, faculta a los árbitros a que, en ejercicio de su discrecionalidad, sin que esto implique vulneración alguna al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva, decidan motivadamente sobre su propia competencia, siendo ya sea el árbitro único o el Tribunal Arbitral, los únicos competentes para realizar dicha labor.

6. En esa dirección, conviene en este punto citar la definición legal del concepto **prestación adicional de obra**; y, de igual forma, continuar exponiendo los alcances del mismo dentro de la legislación nacional de contratación estatal.
7. En efecto, conforme señala el ANEXO ÚNICO ANEXO DE DEFINICIONES del REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (RLCE):

40. Prestación adicional de obra:

Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o

¹ El principio de *kompetence - kompetence* consiste en la facultad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación prima facie de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo (...)" RUBIO GUERRERO, Roger. "El principio Competence - Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", en Lima Arbitration N° 04-2010/2011, Lima, 2011. Pág. 101.

necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

8. Tal como se aprecia, según el RLCE, estaremos ante un supuesto de prestación adicional de obra, cuando éste cumpla con las siguientes 3 (tres) condiciones:
- a) No debe estar considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original.
 - b) Su realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal.
 - c) Genera un presupuesto adicional.
9. Del mismo modo, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) en su artículo 41° señala lo siguiente:

Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.5 La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

10. Al respecto, cabe señalar que todos los procesos de contratación regulados por la LCE y el RLCE, se rigen por un conjunto de principios, entre los cuales podemos destacar los de eficiencia y economía.

Principio de Eficiencia (4 Literal f): Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. (Subrayado agregado)

Principio de Economía (4 Literal i): En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos. (Subrayado agregado).

11. No es novedad advertir que, tanto la lectura como la aplicación de la LCE y el RLCE, deben ser hechas sobre los principios que subyacen a dichas

normas. Es claro que las normas en mención buscan, por sobre todas las cosas, la maximización de los recursos del Estado. Todo acto y/o interpretación en contrario a lo expuesto, no sería más que una contravención a la naturaleza misma de la contratación estatal.

12. La prohibición para arbitrar en adicionales se refiere únicamente a aquellas controversias que cuestionen la autoridad de la Entidad o de la Contraloría General de la República, de aprobar o no adicionales y de aquellos adicionales que requieran estricta aprobación de la Contraloría General de la República.
13. En el presente arbitraje no se ha controvertido la autoridad o facultad de la Entidad o de la Contraloría de aprobar adicionales de obra, como tampoco se ha acreditado que las prestaciones sean unas que hayan requerido aprobación de la Contraloría General de la República. Por lo que, de plano, el Tribunal Arbitral considera que la excepción de incompetencia formulada por la Entidad, debe ser declarada infundada.
14. Sin embargo, teniendo presente lo expuesto, así como la expresa prohibición de la norma, estimo que no corresponde realizar una aplicación extensiva de aquella a todo tipo de prestación adicional, como se pretende, sino -por el contrario- considerar que la restricción al artículo 41, numeral 41.5 de la LCE debe ser entendida como aplicable solamente a aquellos supuestos que no guardan relación con el propósito general de los principios de contratación.

Por lo tanto, considero que la prohibición del artículo 41, numeral 41.5 de la LCE se circunscribe a los supuestos en los cuales se alegue y pruebe que aquello que se pretende poner en cuestión, es la autoridad de la Entidad de aprobar o no la ejecución de un adicional o la autoridad de la Contraloría conforme a las normas aplicables.

15. En tal sentido, luego de verificar las pretensiones de la demanda, soy de la opinión que éstas no cuestionan la autoridad o decisión de la Entidad o Contraloría de aprobar o no adicionales. Ello, aunado al hecho que la parte demandada formuló únicamente las excepciones, sin haber probado que se esté discutiendo su decisión o autoridad de aprobar o no adicionales, por lo que corresponde declarar **INFUNDADAS** las excepciones de incompetencia deducidas por la Entidad demandada, respecto a las pretensiones 1, 2, 3, 4 y 5 de la demanda arbitral.

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE CONFORMAN LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA NO ESTABAN PREVISTOS EN EL CONTRATO”.

16. Tal como se ha expuesto, la Prestación Adicional es definida como aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

Del mismo modo, de conformidad con la OPINIÓN N° 167-2016/DTN:

“(…), en caso de obras el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales.

De esta manera, una prestación -independiente de la denominación que se le atribuya- será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra; debiendo considerarse estas características como concurrentes.”

17. Por lo expuesto, se tiene que las Prestaciones Adicionales de Obra representan la ejecución de prestaciones no consideradas en el Expediente Técnico ni en el Contrato; con lo que, en principio, las partidas contenidas en los Presupuestos Adicionales de Obra no se encuentran comprendidas en el Contrato, sino que representan nuevas prestaciones o modificaciones a las ya contempladas.
18. De la revisión de los Asientos del Cuaderno de Obra y de los documentos contractuales ofrecidos como medios probatorios de la demanda, se verifica que, efectivamente, cada una de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 responden a partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato o en el Proyecto o Expediente Técnico. Se advierte a su vez que la ejecución de cada una de las partidas contenidas en dicho Presupuesto Adicional, cuentan con la aprobación de la Supervisión Consorcio Supervisor Cajabamba, según se desprende la Carta N° 236-2016/AOB-JS-CSCJ, con la que la Supervisión cumplió con entregar el Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09.
19. Si bien en el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 09 la Supervisión aprobó la ejecución de los mayores metrados, sólo para las partidas genéricas de: Obras Preliminares por: Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial; Movimiento de Tierras por: Remoción de Derrumbes y Escaleras de Acceso; Obras de Arte y Drenaje; Adecuación

de Eje Km. 04 + 100 al Km. 04 + 400; Cunetas, Canales, Bordillos, Pases Peatonales y Escaleras de Acceso; Transporte; Señalización por: Gibas; y Protección Ambiental por: Acondicionamiento de Desechos de Excedente; no deja de reconocer que las demás partidas contenidas en el Presupuesto Adicional presentado por el Contratista, responden a trabajos adicionales ejecutados por éste, cuya ejecución resultan de naturaleza indispensable, pues aceptar la premisa de PROVIAS NACIONAL, implicaría pretender que se construya una plataforma que no tenga soporte sobre el suelo, esto es que, prácticamente, dicha plataforma se encontrara flotando en el aire, sin soporte alguno.

20. Vale además resaltar el hecho de que, la propia Supervisión, reconoce que todas las partidas del Presupuesto Adicional N° 09 responden a mayores metrados no contemplados en el Expediente Técnico; sin perjuicio de observar las siguientes partidas, por haber sido ejecutadas de forma previa a la presentación del Presupuesto Adicional N° 09.
21. Estando a lo expuesto, se desprende que, cada una de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09, responde a partidas o mayores metrados no contenidos en el Contrato suscrito entre las partes, que comprende también el Expediente Técnico; sin perjuicio de que hayan sido aprobadas o no por la Supervisión y por la Entidad, situación que se analizará al resolver los siguientes puntos controvertidos. En tal sentido, a mi juicio corresponde declarar **FUNDADA** la primera pretensión de la demanda y reconocer que, cada una de las partidas contempladas en el Presupuesto Adicional N° 09, responden a partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato primigenio.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

“QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE FORMAN PARTE DE LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA HAN SIDO EJECUTADAS POR EL DEMANDANTE.”

22. Con relación a esta pretensión y tras lo expuesto por ambas partes en el presente proceso arbitral, se advierte que todas las partidas que conforman el expediente técnico del Adicional N° 09 presentado por el Contratista, tanto las observadas por las Entidad como las aprobadas por ésta, han sido ejecutadas por el Contratista y forman parte de los trabajos necesarios para el objeto de la Prestación Adicional N° 09 y el objeto del contrato.
23. En efecto, de la revisión a los medios probatorios ofrecidos se desprende que, en los que se refiere a las partidas observadas y no reconocidas por la Entidad, éstas ya habrían sido ejecutadas por el Contratista, la

Entidad sin embargo, no ha acreditado mediante medio probatorio que genere certeza en el Tribunal Arbitral, que tales partidas, no contenidas en el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 09, aprobado por la Supervisión y por la Entidad, hayan sido ejecutadas sin su previa autorización.

24. Vale mencionar al respecto, que la carga de la prueba le corresponde a quien alega los hechos y, en este caso, a quien pretende se declare una situación de hecho. En tal sentido, considerando que únicamente se ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare si existieron trabajos que efectivamente fueron ejecutados por el Contratista, no obstante ello, el Tribunal Arbitral en mayoría ha considerado que se ha acreditado los trabajos efectuados por el contratista.
25. A mi juicio sin embargo, el solo hecho de que la parte demandante haya sostenido intensamente la ejecución de trabajos, no constituye razón suficiente para determinar de inmediato, el amparo de sus pretensiones. En tal sentido, a mi criterio, las pruebas aportadas no son suficientes para decidir que los trabajos hayan sido efectivamente ejecutados.
26. Al respecto, me cabe expresar que, si bien en el arbitraje no se exige certeza, el estandar de prueba y la naturaleza de estos procesos, exige que los árbitros adopten un mayor nivel de certeza respecto de las pretensiones que se pretende avalar. Por tal razón, debido a que la parte demandante no ha generado suficiente convicción respecto de la ejecución de los trabajos, considero declarar improcedente la pretensión.
27. En efecto, tras el análisis en conjunto de las pruebas aportadas al proceso, relativas a la ejecución de las partidas del Presupuesto Adicional N° 09 y de aquellos otros trabajos ejecutados y no reconocidos en el Expediente Técnico de dicha prestación adicional, estimo que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión de la demanda, al no haberse acreditado fehacientemente, la ejecución de la totalidad de las partidas contenidas en el expediente técnico de la Prestación Adicional N° 09, presentada por el Contratista.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE TODAS LAS PARTIDAS QUE CONFORMAN LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADA POR EL CONTRATISTA SON INDISPENSABLES PARA CUMPLIR CON LA META PREVISTA DEL CONTRATO MATERIA DE CONTROVERSIA.”

28. Para resolver la presente controversia, corresponde remitirnos

nuevamente al Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión y aprobado por la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 381-2016-MTC/01.02, de fecha 06 de junio de 2016.

29. Así, véase lo expresado en el Punto 7 del Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión:

“7. En concordancia con lo establecido en el art. 207° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado RLCE, la Supervisión de Obra Consorcio Supervisor Cajabamba, ha efectuado la revisión de la documentación presentada por el contratista Consorcio Vial San Marcos. En la cual se identificaron trabajos adicionales que el contratista ha ejecutado sin previa autorización de la Entidad. Contraviniendo lo establecido en la reglamentación legal vigente. Por lo que, en el presente informe se ha desestimado aquellos trabajos adicionales ya ejecutados, reformulando el presupuesto de la prestación adicional de obra y su deductivo vinculante, considerando solo las partidas adicionales que no se encuentran ejecutadas”.

30. Tras lo expuesto, se desprende que a fin de cumplir con la finalidad del Contrato, la Entidad aprobó la Prestación Adicional N° 09; no obstante, no aprobó partidas indispensables que fueron ejecutadas por el Contratista y que se encuentran comprendidas dentro del Presupuesto Adicional N° 09; en tal sentido, estando a las reglas de la sana crítica y a las máximas de la experiencia, a fin de que el Presupuesto Adicional N° 09 sea ejecutado íntegramente, fue necesario ejecutar aquellos metrados y partidas adicionales - *identificados al resolver el primer punto controvertido* - que no fueron aprobados por la Supervisión y Entidad, siendo que, a criterio de este árbitro, resulta imposible construir la carpeta asfáltica, sin la ejecución previa de las partidas no reconocidas por el demandado.

31. Ergo, considerando que esta pretensión no cuestiona la facultad de la Entidad de aprobar o no la ejecución de adicionales, respecto de cada partida descrita en el Presupuesto Adicional N° 09, y que resulta indispensable para el cumplimiento de la finalidad del Contrato, al haberse acreditado las deficiencias del Expediente Técnico; por lo que, corresponde declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la Demanda.

RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE Y RECONOZCA QUE RESULTA IMPOSIBLE EJECUTAR LA CARPETA ASFÁLTICA SIN EJECUTAR LAS PARTIDAS NO RECONOCIDAS POR LA ENTIDAD EN EL PRESUPUESTO ADICIONAL DE OBRA N° 09 PRESENTADO POR EL CONTRATISTA.”

32. Este Tribunal Arbitral ha emitido pronunciamiento al resolver el punto controvertido anterior, respecto a que considera que todas las partidas observadas por la Supervisión y no reconocidas por la Entidad, han sido indispensables para cumplir con la finalidad de la Prestación Adicional N° 09 y; por consiguiente, del Contrato, resultando materialmente imposible construir la carpeta asfáltica, sin la construcción de las partidas no reconocidas y que son materia sub litis.
33. De una revisión a del Expediente Técnico de la Prestación Adicional N° 09, elaborado por la Supervisión y aprobada por la Entidad, se desprende que todas las partidas ejecutadas comprendidas en el Presupuesto Adicional N° 09, presentado por el Contratista, son partidas indispensables para el cumplimiento de la finalidad del Adicional y del Contrato.
34. Para este árbitro ha quedado demostrado que la "carpeta asfáltica" forma parte de aquel grupo de partidas ejecutadas pero no reconocidas por la Entidad, a pesar de tener la calidad de indispensables para cumplir con la finalidad del Contrato, según se desprende del Cuadro 7 del presente laudo arbitral, situación a su vez reconocida por la Supervisión de Obra.
35. Por lo expuesto, corresponde declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la Demanda considerando que ella no cuestiona las facultades de la Entidad de aprobar o no la ejecución de adicionales, declarando que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional N° 09 presentado por la Contratista.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL RECONOZCA Y ORDENE A PROVIAS NACIONAL EL PAGO ASCENDENTE A S/. 4'341,375.55 (CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO CON 55/100 SOLES) INCLUIDO I.G.V. POR CONCEPTO DE PARTIDAS EJECUTADAS E INDISPENSABLE NO RECONOCIDAS POR LA ENTIDAD."

36. En el presente arbitraje ha quedado establecido, al abordar los anteriores puntos controvertidos, que la totalidad de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 resultaban indispensables para el cumplimiento de la Prestación Adicional y a su vez, del Contrato.
37. Del mismo modo, al resolver las excepciones deducidas por PROVIAS NACIONAL, este árbitro consideró que las pretensiones sometidas a conocimiento, no buscan la aprobación o desaprobación de un adicional.

La materia sometida a controversia es el valor real del Presupuesto Adicional N° 09; es decir, una controversia derivada de la ejecución de las partidas y mayores metrados del Presupuesto Adicional N° 09.

38. De otro lado, su incidencia contractual no supera el quince (15%) del monto del contrato, con lo cual se desestiman los dos criterios contemplados en el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado para delimitar las materias no arbitrables.
39. En esa dirección, a pesar de haberse acreditado: i) que todas las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 son partidas o mayores metrados no contemplados en el Contrato original suscrito entre las partes y aprobados por la Entidad y ii) que todas las partidas o mayores metrados considerados en el Presupuesto Adicional N° 09 fueron materialmente necesarias para cumplir con la finalidad de la Obra, no se ha logrado acreditar, a mi juicio, que el monto a pagar a favor de la parte demandante sea efectivamente el que se adeuda.
40. Para el suscrito no se ha acreditado en este arbitraje que el Contratista haya ejecutado los mayores metrados y prestaciones adicionales, contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09.
41. En consecuencia, corresponde declarar IMPROCEDENTE la quinta pretensión de la Demanda, debido a que no se ha acreditado que dicho pago es el que corresponde pues, a mi criterio, ello no ha sido suficientemente acreditado ante el tribunal, o al menos la parte demandante no ha llegado a generar convicción al respecto.
42. Asimismo, manifiesto que, si bien en el arbitraje no se exige certeza, el estandar de prueba y la naturaleza de arbitraje, en el que se discute el uso de recursos públicos, exige que los árbitros adopten un mayor nivel de certeza respecto de las pretensiones que se pretende avalar. Por tal razón, debido a que la parte demandante no ha generado suficiente convicción respecto del monto a pagar, considero declarar improcedente esta quinta la pretensión.

DE LOS GASTOS, LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL

43. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73°, señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los

gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

44. En el presente proceso, de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que éstas no acordaron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral, de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
45. Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, se advierte que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que sus posiciones resultan sostenibles en la vía arbitral y atendiendo al comportamiento procesal que tales partes han demostrado, corresponde disponer que ambas asuman por igual, la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron consecuencia del presente arbitraje.
46. Finalmente, se advierte que el demandante pagó, en subrogación, los segundos anticipos dispuestos por el Colegiado a cargo del demandado, los mismos que deberán ser reembolsados por PROVIAS NACIONAL al Consorcio San Marcos.

V. LAUDO

Por las consideraciones expuestas y conforme a Derecho, el Tribunal Arbitral emite el siguiente Laudo:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Incompetencia deducida contra las pretensiones 1, 2, 3,4 y 5 de la demanda; en consecuencia, este Tribunal Arbitral se declara competente para conocer las pretensiones planteadas en la demanda arbitral.

SEGUNDO: FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que la totalidad de las partidas contenidas en el Presupuesto Adicional N° 09 no se encontraban contenidos en el Contrato.

TERCERO: IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión de la Demanda, debido a que en este arbitraje no se ha logrado acreditar con convicción de que efectivamente se ejecutaron los trabajos que alega la parte demandante.

CUARTO: FUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que todas las partidas que conforman el Presupuesto Adicional N°09, resultan indispensables para cumplir con la finalidad del Contrato.

QUINTO: FUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se declara que resulta imposible ejecutar la carpeta asfáltica sin ejecutar las partidas no reconocidas por la Entidad en el Presupuesto Adicional N° 09.

SEXTO: IMPROCEDENTE la Quinta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, corresponde declarar que existe una obligación de pago en favor del Contratista por concepto de valor real del Presupuesto Adicional N° 09, mas no certeza respecto del monto que a parte demandante pretende le sea pagado.

SÉPTIMO: FÍJESE como honorarios del Tribunal Arbitral los pagos efectuados por las partes y que se indican en los numeral 43 al 46 del presente Voto Singular.

OCTAVO: DISPONER que ambas partes asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) en partes iguales; así como los costos y costas en que incurrieron como consecuencia de este proceso arbitral, debiendo PROVIAS NACIONAL reembolsar al Consorcio San Marcos el pago en subrogación de los segundos anticipos dispuestos por el Tribunal Arbitral a cargo del demandado.

NOVENO: DISPÓNGASE la notificación a las partes del presente Laudo Arbitral, así como la publicación de este en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, de conformidad con la regla 48 del Acta de Instalación.

Notifíquese a las partes.



Walter Albán Peralta
Árbitro



Armando Flores Bedoya
Secretario Arbitral Ad hoc