



Notificación N°

0228

A-137-14 DOG  
(E) laudo

Nro. Expediente 601-5-15  
Secretario Arbitral Rubén Rolando Cotaquispe Cabra  
Demitante(s) PROVÍAS NACIONAL DEL MTC  
Demandado(s) CONSORCIO SUPERVISOR COCHABAMBA (ALPHA CONSULT)  
Título Notificación de Laudo - 601  
Sumilla Notificación de Laudo - 601



Destinatario PROVÍAS NACIONAL DEL MTC  
Dirección Legal Jr. Zorritos 1203 Mesa de Partes de Procuraduría (Edificio Circular 1° piso) LIMA-LIMA-LIMA

Se adjunta:

1. Notificación de Laudo - 601.docx

Deposito:  
- Solicito informe Técnico y Laudo  
- Proceso de pago contra laudo

## Comentarios



Notificación N°

0228

Nro. Expediente 601-5-15  
Secretario Arbitral Rubén Rolando Cotaquispe Cabra  
Demitante(s) PROVÍAS NACIONAL DEL MTC  
Demandado(s) CONSORCIO SUPERVISOR COCHABAMBA (ALPHA CONSULT)  
Título Notificación de Laudo - 601  
Sumilla Notificación de Laudo - 601

Destinatario PROVÍAS NACIONAL DEL MTC  
Dirección Legal Jr. Zorritos 1203 Mesa de Partes de Procuraduría (Edificio Circular 1° piso) LIMA-LIMA-LIMA

Se adjunta:

1. Notificación de Laudo - 601.docx

## Comentarios

NOTIFICACION DE LAUDO

Lima, 26 de julio de 2017

Señores

**Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional**

**Atención: Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones**

Jr. Zorritos 1203, Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular Piso 1)

**Cercado de Lima.-**

**Referencia: Arbitraje Provías Nacional vs. Consorcio Supervisor Cochabamba (Exp. N° 601-5-15)**

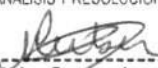
De mi consideración:

Por medio de la presente, me dirijo a ustedes para saludarlos, y a la vez remitirles la Resolución N° 31 de fecha 26 de julio de 2017, que contiene el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Oswaldo Hundskopf Exebio, Mario Castillo Freyre y Eduardo Solis Tafur, a fojas 69, recaído en el proceso arbitral N° 601-5-15 seguido entre **PROVIAS NACIONAL** y el **CONSORCIO SUPERVISOR COCHABAMBA**.

Lo que notifico a ustedes con arreglo a ley.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS

  
Rubén Cotacrispa Cabra  
Secretario Arbitral



Exp. N° 601-5-15

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional –  
Consorcio Supervisor Cochabamba

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**DEMANDANTE:** Proyecto Especial de Infraestructura de  
Transporte Nacional - Provias Nacional del  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en  
adelante **PROVIAS NACIONAL**, la Entidad, o en su  
defecto el demandante)

**DEMANDADO:** Consorcio Supervisor Cochabamba (en adelante el  
**CONSORCIO** o en su defecto el **DEMANDADO**)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho.

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Oswaldo Hundskopf Exebio (Presidente)  
Mario Castillo Freyre (designado árbitro por Provias  
Nacional)  
Eduardo Solís Tafur (Designado por el Consorcio)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez  
Secretaria General del Centro de Resolución de  
Conflictos de la Universidad Católica.

  
**Resolución N° 31**

 En Lima, a los 26 días del mes de julio del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral,  
Truego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las  
normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su

consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

---

## **I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral**

### **1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la Cláusula Especial Segunda del Contrato de Supervisión de Obra N° 172-2010-MTC/20 Supervisión de la Obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape-Cochabamba-Cajamarca, Tramo: Lima-Cochabamba" celebrado con fecha 9 de noviembre de 2010.

### **1.2 Instalación del Tribunal Arbitral**

El día 8 de junio de 2015, se instaló el Tribunal Arbitral. Previo a iniciar la presente audiencia, se da cuenta de las cartas presentadas por el doctor Mario Castillo Freyre, de fechas 27 de abril y 5 de junio de 2015, mediante las cuales amplía su deber de declaración.

## **II. Normatividad aplicable al arbitraje**

**Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas:** el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA). En caso de discrepancia de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

### III. De la Demanda Arbitral presentada por PROVIAS NACIONAL

Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2015, el demandante interpuso su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones principales:

- 3.1 Respecto de la Primera Pretensión Principal, PROVIAS NACIONAL** solicita que el Tribunal Arbitral declare que el Consorcio ha realizado un ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 07, lo cual devino en los 116 días de servicios en exceso otorgado (sic) en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, conforme lo establecido en el Informe Especial N° 04-2014-02-0661 derivado del Examen Especial "Evaluación de Presupuestos Adicionales de Obra que tienen una incidencia menor al 15% del monto del Contrato" efectuado por el Órgano de Control Institucional de Proviás Nacional.
- 3.2 Respecto de la Segunda Pretensión Principal, PROVIAS NACIONAL** solicita que, el Tribunal Arbitral declare como **pago indebido (en exceso)** efectuado a favor del Consorcio la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV, como producto del ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 07, lo cual devino en los 116 días de servicios en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03; en consecuencia, se ordene al Consorcio a que proceda a la devolución a favor de Proviás Nacional de la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.
- 3.3 Respecto de la Tercera Pretensión Principal, PROVIAS NACIONAL** solicita que el Tribunal Arbitral declare que constituye un **abuso de derecho** en su contra el haber reconocido a favor del Consorcio los 116 días de servicios en exceso otorgado (sic) en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03; por lo que en consecuencia, se le ordene que proceda a la devolución a su favor la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.
- 3.4 Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, PROVIAS NACIONAL** solicita que el Tribunal Arbitral declare que constituye un **enriquecimiento indebido** en su contra el hecho de haber reconocido a favor del CONSORCIO los 116 días de servicios en exceso otorgado (sic) en el Presupuesto Adicional de Supervisión N°

03; y, en consecuencia, se proceda a la devolución a su favor la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.

### De los antecedentes

- 3.5** PROVÍAS NACIONAL señala que suscribió el Contrato N° 134-2010-MTC/20 del 13.08.2010 con el CONSORCIO CAJAMARCA (Constructora Queiroz Galvao S.A. Sucursal Perú – Construcciones e Comercio Camargo Correa S.A. Sucursal Perú), para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”, en un plazo de ejecución de 720 días calendario y por un monto de S/. 278'894,855.95, incluido el IGV, bajo el sistema de Precios Unitarios referidos al mes de octubre del 2009.
- 3.6** Así también, PROVÍAS NACIONAL refiere que suscribió el Contrato de Supervisión de Obra N° 172-2010-MTC/20, el 9 de noviembre de 2010, con la firma CONSORCIO SUPERVISOR COCHABAMBA (Alpha Consult S.A. – ACI Proyectos S.A. – Ecoviana S.R.L. – Conesupsa – Corpei S.A.), para la prestación de servicios de supervisión de la obra materia del contrato, por un monto de S/. 9'934,367.13, incluido el IGV, con precios referidos al mes de diciembre del 2009, el cual comprende Tres Etapas: Primera Etapa.- Etapa de Revisión del Estudio (30 d/c), Segunda Etapa: Supervisión de Obra (720 d/c), y Tercera Etapa.- de Elaboración del Informe Final, Revisión y Liquidación de Contratos (60 d/c).
- 3.7** El Expediente Técnico de la Obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”, según indica PROVÍAS NACIONAL fue aprobado con la Resolución Directoral N° 1626-2009-MTC/20 de 18 de diciembre de 2009.
- 3.8** Mediante Resolución Ministerial N° 253-2012-MTC/02 de 24 de mayo de 2012, según indica PROVÍAS NACIONAL, aprobó el Presupuesto Adicional N° 09: “Mayores Metrados en Movimiento de Tierras y Transporte” por S/. 26'719,653.60, incluido el IGV, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 04: “Menor Metrado de Excavación en Explanaciones en Roca Suelta” por S/ 16'533,854.47, incluido el IGV,

presupuestos que indican mayores metrados de "Excavación en explanaciones en roca fija" y menores metrados de "Excavación en explanaciones en roca suelta", respectivamente.

- 3.9 Asimismo, a través de la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02 de 22 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL señala que aprobó la Ampliación de Plazo N° 07, de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba".
- 3.10 Mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de 17 de septiembre de 2012, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión de Obra N° 03 de la citada Obra, por la cantidad de S/. 1'961,931.94.
- 3.11 Mediante Informe Especial N° 04-2014-2-0661, el Órgano de Control Institucional de PROVÍAS NACIONAL emitió una observación a la Obra que se indicaba como "Pago indebido de S/. 2 713 868.86, inc. IGV, por el reconocimiento irregular de 116 días de exceso de ampliación de plazo".

#### De los fundamentos de hecho y de derecho:

- 3.12 En relación a su primera pretensión, PROVÍAS NACIONAL refiere que mediante Informe Especial N° 04-2014-2-0661, el Órgano de Control Institucional (OCI) determinó que durante la ejecución de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba", se había realizado un **pago indebido de S/. 2'713,868.86**, de acuerdo al siguiente detalle:

- S/. 1'588,169.18, que corresponden al concepto de gastos generales variables a la empresa a cargo de la ejecución de la obra, para ejecutar trabajos del Presupuesto Adicional de Obra N° 09 en un plazo de 188 días (otorgado con la Ampliación de Plazo N° 07), debiendo haber correspondido otorgar sólo 72 días, **existiendo por tanto el plazo de 116 días otorgados en exceso, al haberse estimado un plazo para ejecutar la actividad de Excavación en**

**Explanaciones en Roca Fija, mayor a lo realmente necesario, lo que fue validado indebidamente por la supervisión**, situación que según indica el OCI, se ha presentado porque siete meses antes de la indicada ampliación (periodo noviembre de 2011 – mayo de 2012), ya se habían iniciado los trabajos, es decir, a la fecha de la Ampliación de Plazo N° 07 (la cual fue otorgada en parte por 188 días calendario con Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02), para ejecutar supuestos trabajos del Presupuesto Adicional de Obra N° 09, los trabajos en roca fija ya se encontraban con un avance significativo, incluso fueron ejecutados sin el consentimiento y aprobación de PROVÍAS NACIONAL.

- S/. 1'125,699.68, que corresponden al concepto de pago por 116 días de servicio en exceso otorgado en la Ampliación de Plazo de Supervisión N° 03, devenidos en el plazo en exceso que el Consorcio Supervisor Cochabamba autorizó en el trámite de aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07.

**3.13** De la revisión de los documentos relacionados con el Presupuesto Adicional de Obra N° 09, Ampliación de Plazo N° 07 y Presupuesto Adicional de Supervisión de Obra N° 03 de la obra objeto del contrato, PROVÍAS NACIONAL refiere que aprobó la precitada ampliación de plazo de obra por 188 días, cuando de los hechos acontecidos sólo correspondía otorgar una ampliación de plazo por 72 días.

**3.14** La duración de la precitada ampliación de plazo de obra N° 07<sup>1</sup>, según PROVÍAS NACIONAL se basó en la estimación del plazo para la ejecución de la partida contractual "Excavación en explanaciones en roca fija", cuyos metrados originales del contrato principal se culminaron de ejecutar en el mes de octubre del 2011, según las valorizaciones tramitadas por el Supervisor de Obra; no obstante, el Contratista contando con la conformidad del Supervisor, ejecutó trabajos de excavación de explanaciones en roca fija, como si fuera excavación de explanaciones en roca suelta (partida que sí contaba con disponibilidad de metrados contractuales) desde noviembre del 2011 hasta abril del 2012; es decir, durante seis (6) meses, no observando los procedimientos y plazos establecidos en la normativa

<sup>1</sup> Aprobada mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de 17 de setiembre de 2012.

de Contrataciones del Estado para la ejecución de obras adicionales, puesto que durante dicho periodo se aprobó y pagó trabajos diferentes a los ejecutados, además de no contar con la resolución del titular de la entidad ni la disponibilidad presupuestal, previo a la ejecución de dichos trabajos adicionales.

- 3.15** Es por ello que a los seis (6) meses antes señalados, según PROVÍAS NACIONAL, el Contratista de Obra recién en el mes de mayo del 2012 solicitó la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 09, como si recién se fueran a ejecutar los trabajos, que incluía —entre otros— la partida “Excavación en explanaciones en roca fija”, con un metrado de 331,852.48 m<sup>3</sup> (de los cuales ya se había ejecutado, valorizado y pagado la cantidad de 226,707.96 m<sup>3</sup> a dicho mes, que equivale a un 68.33% aprox. del total solicitado).
- 3.16** Así, según PROVÍAS NACIONAL, se advierte que tanto el Supervisor de Obra, como los profesionales de la Unidad Gerencial de Obras, aprobaron dicho adicional de obra como si recién se hubiera generado esta necesidad, y luego al tramitar la ampliación de plazo correspondiente reconocieron sin justificación, como metrado ejecutado a mayo del 2012 una cantidad de roca fija igual a 130,453.67 m<sup>3</sup>, lo que definitivamente alteró la cuantificación de los tiempos para ejecutar los trabajos excavación en roca fija y los respectivos gastos generales de obra, aprobándose en la Ampliación de Plazo de Obra N° 07, un mayor plazo de ejecución de obra del que correspondía, al ser estimado este saldo, con un criterio diferente al que se determinó el volumen a excavar en el Presupuesto Adicional N° 09, ocasionando con ello que se otorgue un mayor plazo de 116 días calendario, con los efectos económicos que ello significa.
- 3.17** PROVÍAS NACIONAL precisa que el adicional de obra N° 09 se aprobó como si no se hubiera ejecutado ningún trabajo de roca fija, pese a que desde noviembre del 2011 hasta abril del 2012 se ejecutaron las excavaciones en roca fija. (El resaltado y subrayado pertenece a PROVÍAS NACIONAL).
- 3.18** PROVÍAS NACIONAL agrega que para cuantificar los tiempos de la Ampliación de Plazo N° 07, en mayo del 2012, consecuencia del precitado adicional de obra, se

usó una cantidad de roca fija igual a 130,453.67m<sup>3</sup>, que no se condice con la clasificación de materiales constatados en obra por el Contratista y el Supervisor de obra el 16 de enero de 2012 (información que sirvió para estimar las cantidades de roca fija y material común del adicional de obra N° 09). Por el contrario, la cuantificación de tiempo para ejecutar la roca fija a mayo del 2012 se determinó utilizando una clasificación de materiales que carece de justificación, no obstante que ya se contaba con una clasificación de materiales actualizada a enero del 2012, utilizada para estimar los volúmenes de roca fija del adicional de Obra N° 09, pero que no se utilizó para actualizar el material de roca fija removida desde noviembre del 2011, ocasionando con ello que el saldo por ejecutar y que fue materia de análisis en la Ampliación de Plazo N° 07, se determine con el volumen cuantificado con porcentajes de roca fija que no corresponde al acta de enero del 2012, **siendo los mismos porcentajes de roca fija menores al determinado en enero 2012.** (El resaltado y subrayado pertenece a PROVIAS NACIONAL).

3.19 Situación que ocasionó que el plazo para ejecutar el saldo de roca fija desde junio del 2012 sea mayor a los días requeridos, luego de su afectación en el calendario Gantt, distorsionando y afectando directamente la determinación de la ampliación de plazo de obra N° 07.

3.20 Es por ello que se dio lugar a un **otorgamiento indebido de 116 días calendario en la Ampliación de Plazo de Obra N° 07, lo cual incrementó de manera innecesaria el plazo en la ejecución de la obra y los servicios de Supervisión de Obra**, incremento que ha representado que el costo de estos servicios, vía aprobación de la Prestación Adicional N° 03 de Supervisión, dé lugar a un pago indebido de S/. 1'125,699.68 incluido el IGV. (El resaltado y subrayado pertenece a PROVIAS NACIONAL).

3.21 Asimismo, dicho exceso de plazo ha ocasionado que pague indebidamente al Contratista la suma de S/.1'588,169.18 incluido el IGV, por gastos generales variables del adicional de obra N° 09 y que se haya tomado más días de lo necesario para ejecutar la obra, al habérsele concedido un plazo innecesario de 116

días. Esta situación se sustenta en los argumentos y evidencias descritos a continuación:

**Respecto a las valorizaciones de obra por trabajos de explanaciones:**

**3.22** PROVÍAS NACIONAL indica que el Presupuesto Adicional N° 09 por S/. 26'719,653.60, incluido el IGV y el Presupuesto Deductivo vinculante N° 04 por S/ 16'533,854.47, incluido el IGV, aprobados ambos, mediante Resolución Ministerial N° 253-2012-MTC/02, de 24 de mayo de 2012, contienen entre otros, **mayores metrados de "Excavación en explanaciones en roca fija" y menores metrados de "Excavación en explanaciones en roca suelta", respectivamente.** (El resaltado y subrayado pertenece a PROVÍAS NACIONAL).

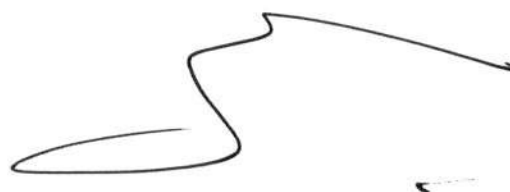
**3.23** Asimismo, el presupuesto contractual de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba", contempla para las partidas que se señalan a continuación, los siguientes metrados:

**205. B1 Excavación en explanaciones en roca suelta 1'241,487.15 m3.**

**205. B2 Excavación en explanaciones en roca fija 303'208,75 m3.**

  
**3.24** PROVÍAS NACIONAL refiere que teniendo en cuenta la revisión a las valorizaciones del contrato principal, se ha determinado que en el mes de octubre del 2011, según se verifica en la columna "Metrados Acumulados" del mes anterior de la valorización N° 12 del mes de noviembre del 2011 del contrato principal, se culminó de ejecutar los metrados previstos en la partida contractual Excavación en explanaciones en roca fija.

  
**3.25** Por otro lado, PROVÍAS NACIONAL refiere que en el periodo noviembre 2011–abril 2012, las valorizaciones N°s 13, 14, 15, 16, 17 y 18, del contrato principal consignaron la ejecución de metrados en la partida 205.B1 Excavación en explanaciones en roca suelta, hasta por la cantidad acumulada de 857,929.16 m3 (siendo el monto reconocido en ese periodo equivalente a S/. 3'139,000.98, que se



obtiene de multiplicar 154,630.59 m<sup>3</sup> x S/. 20.30/m<sup>3</sup>, a precios de costo directo); mientras que en las valorizaciones de mayo y junio 2012 consignaron metrados negativos por la misma cantidad, alcanzando un acumulado de sólo 703,298.57 m<sup>3</sup>, conforme se ilustra en el siguiente cuadro:

**Cuadro N° 01**  
**Metrados Valorizados Partida 205.B1 Excavación en**  
**explanaciones en roca suelta**  
**Tramo 58+600 – 119+060**

| Mes       | Metrados acumulados de roca suelta | Metrados mensuales de roca fija valorizados como roca suelta | Nota                                                           |
|-----------|------------------------------------|--------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|
| Nov. 2011 | 745,860.09                         | 42,561.51                                                    | El metrado acumulado o valorizado es 154,630.58 m <sup>3</sup> |
| Dic. 2011 | 771,015.77                         | 25,155.68                                                    |                                                                |
| Ene. 2012 | 783,847.93                         | 12,832.16                                                    |                                                                |
| Feb. 2012 | 795,220.12                         | 11,372.19                                                    |                                                                |
| Mar. 2012 | 831,848.63                         | 36,628.51                                                    |                                                                |
| Abr. 2012 | 857,929.16                         | 26,080.53                                                    | Se deduce 154,630.58 m <sup>3</sup>                            |
| May. 2012 | 803,095.60                         | -54,833.56                                                   |                                                                |
| Jun. 2012 | 703,298.57                         | -99,797.03                                                   |                                                                |
| Jul. 2012 | 703,298.57                         | 0                                                            |                                                                |

Fuente: correo electrónico de 17 de octubre de 2013 del Supervisor de Obra

- 3.26 PROVÍAS NACIONAL precisa que los metrados equivalentes a un volumen de 154,630.58 m<sup>3</sup>, reconocidos como roca suelta en el periodo noviembre 2011 hasta abril 2012 y luego deducidos en los meses mayo y junio 2012, corresponden a volúmenes de roca fija y no a roca suelta, tal como lo ha corroborado a través de correo electrónico de fecha 17 de octubre 2013 el Jefe de Supervisión del Consorcio Supervisor Cochabamba, Ing. Leoncio Fabio Carazas Fernández Baca, al solicitarle a la comisión de auditoría aclarar la situación de los deductivos encontrados en las valorizaciones. Asimismo, PROVÍAS NACIONAL continúa y alega que el precitado Jefe de Supervisión, mediante correo de 15 de octubre de 2013 señaló lo siguiente: "(...) efectivamente por falta de metrados en la

partida 205.B2, Excavación en explanaciones en roca fija, se estuvo valorizando con la partida 205.B1 Excavación en explanaciones en roca suelta"; adjunta a su respuesta el cuadro elaborado por el Ing. Especialista en Valorizaciones del CONSORCIO. (El resaltado y subrayado pertenecen a PROVÍAS NACIONAL).

3.27 Al respecto, PROVÍAS NACIONAL indica que los metrados de roca fija, pagados con precio de roca suelta distorsionan el concepto de valorización, que es un pago a cuenta de un trabajo realmente ejecutado, por lo que el reconocimiento del mayor volumen de roca fija debió tramitarse una vez agotada esta partida y aprobado el respectivo adicional de obra N° 09, trámite que según PROVÍAS NACIONAL, debió realizarse previo a su agotamiento, que se produjo en octubre del 2011, y no en mayo del 2012, mes en que recién se había aprobado el presupuesto adicional de obra N° 09 (según Resolución Ministerial N° 253-2012-MTC/02 de 24 de mayo de 2012).

3.28 En tal sentido, PROVÍAS NACIONAL advierte que el manejo que tuvieron el contratista y el supervisor de obra en las valorizaciones del contrato principal en el periodo noviembre 2011 a junio 2012, al tramitar el pago en los meses de noviembre del 2011 a abril del 2012 de la roca fija como roca suelta usando el precio unitario de esta partida, asimismo, deducciones en los meses de mayo y junio 2012, fueron tramitados con PROVÍAS NACIONAL y autorizado su pago. (El resaltado y subrayado pertenecen a PROVÍAS NACIONAL).

3.29 Conforme a los hechos descritos, PROVÍAS NACIONAL indica que se aprecia, que pese a que a partir de noviembre del 2011, el contratista ejecutor y el CONSORCIO tenían conocimiento de que la valorización contractual de obra N° 12 correspondiente a dicho mes de noviembre del 2011, había agotado la partida contractual Excavación en explanaciones en roca fija, aun así no respetaron la información constatada en obra sobre porcentajes de clasificación, consignada en el acta de clasificación de materiales del 18 de octubre 2011 y posteriormente con acta de fecha 16 enero 2012, se definieron las cantidades de roca fija del Adicional de Obra N° 09, es decir, estando en plena capacidad de tramitar el adicional en su debida oportunidad a efectos de valorizar

los metrados de roca fija. (El resaltado y subrayado pertenecen a PROVÍAS NACIONAL).

- 3.30** Asimismo, pudiendo valorizar de acuerdo al acta antes mencionada, las diversas instancias que intervinieron en el trámite de las valorizaciones contractuales y adicionales, no declararon ni sinceraron volúmenes conforme a lo constatado en obra según la precitada acta del mes de enero del 2012 (que corresponde a los metrados ejecutados antes de la aprobación del adicional), a pesar de que la formulación en el mes de mayo del 2012 de la partida Excavación en explanaciones de roca fija del Presupuesto Adicional N° 09, fue determinada con el acta de enero del 2012, antes mencionada.
- 3.31** Es así que ante la recomendación de la Supervisión de Obra (CONSORCIO), por la cual se otorga conformidad al Presupuesto Adicional N° 09, la misma que fue comunicada al propio PROVÍAS NACIONAL a través de la Carta N° 179-2012.CSC/JS-AOA, recibida el 14 de mayo del 2012, dicho adicional fue aprobado sin percatarse de que gran parte del adicional había sido ejecutado.
- 3.32** La aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 09, que contenía entre otras partidas la excavación en roca fija (partida crítica en la ejecución de la obra), según PROVÍAS NACIONAL, dio lugar a que el Contratista solicite la Ampliación de Plazo N° 07 por 400 días calendario, requerimiento formulado mediante Carta N° CC/242/070612/MRV, y recibido por la Supervisión el día 7 de junio de 2012, ante lo cual el CONSORCIO emitió el "Informe de Pronunciamiento de la Supervisión Ampliación de Plazo N° 07" del 14 de junio de 2012, a través del cual determinó y recomendó la aprobación de la ampliación de plazo por 188 días calendario, siendo que mediante carta N° 252-2012.CSC/JS-AOA del 14 de junio de 2012, inició ante el propio PROVÍAS NACIONAL el trámite de aprobación de la citada ampliación de plazo, la misma que se produjo a través de la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, que otorgaba la ampliación de plazo por 188 días calendario.
- 3.33** Con respecto a la determinación del plazo ampliado determinado por el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL señala que uno de los primeros criterios fue

determinar los tiempos que debía insumir la ejecución de ocho (8) partidas del adicional de obra N° 9, siendo estos tiempos el cociente entre el metrado por valorizar del adicional N° 9 entre el rendimiento del Calendario de avance de obra inicial, tal como se muestra a continuación:

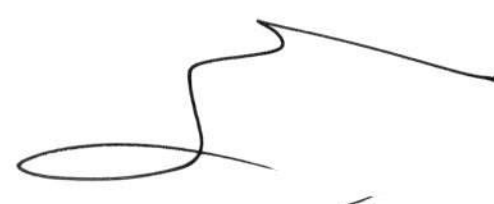
**Cuadro N° 2****Días a ampliar de las actividades del Adicional N° 09**

| Código     | Partida                                                 | Und. | Metrado por valorizar del Adicional N° 09 | N° de días a ampliar |
|------------|---------------------------------------------------------|------|-------------------------------------------|----------------------|
| <b>200</b> | <b>MOVIMIENTO DE TIERRAS</b>                            |      |                                           |                      |
| 20.5.B2    | Excavación de explanaciones en roca fija                | m3   | 201,398.81                                | 243                  |
| 205.V      | Excavación en explanaciones en material común           | m3   | 137,066.23                                | 64                   |
| 210.A      | Conformación de terraplenes                             | m3   | 16,018.40                                 | 23                   |
| 230.A      | Material de cantera para relleno                        | m3   | 65,248.20                                 | 43                   |
| <b>700</b> | <b>TRANSPORTE</b>                                       |      |                                           |                      |
| 700.A      | Transporte de material granular para D = 1 km           | m3km | 56,970.00                                 | 35                   |
| 700.B      | Transporte de material granular para D 1 km             | m3km | 2,154,075.40                              | 43                   |
| 700.E      | Transporte de desechos y excedentes a DME para D = 1 km | m3km | 39,658.47                                 | 9                    |
| 700.F      | Transporte de desechos y excedentes a DME para D 1 km   | m3km | 881,979.92                                | 39                   |

Fuente: Cuadro Sustento de Ampliación de Plazo N° 07 del Informe de Pronunciamiento de la Supervisión Ampliación de Plazo N° 07

 **3.34** Luego según PROVÍAS NACIONAL en el Calendario de Avance de Obra Actualizado N° 09, vigente a la fecha de evaluación de la Ampliación de Plazo N° 07, determinaron la afectación de la ruta crítica, tal como se consigna en el Anexo 02: Memoria de Cálculo Ampliación de Plazo N° 07 del mencionado Informe de pronunciamiento de la Supervisión sobre la Ampliación de Plazo N° 07 (obra adjunto a éste).

**3.35** Al respecto, PROVÍAS NACIONAL precisa algunos puntos en cuanto a los valores utilizados para la determinación de los días requeridos para ejecutar los trabajos



pendientes a esa fecha, pues los metrados de la partida "Excavación en explanaciones en roca fija" determinados por el CONSORCIO fueron calculados tomando como base los metrados por valorizar que se obtenían de la diferencia:

Metrados por Valorizar =      Metrados del adicional N° 09 (calculados con % consignados en Acta del 16.Ene.2012) - Metrados Valorizados Nov 2011 – Mayo 2012 (obtenidos utilizando % consignados en Acta del 16.ene 2012 y otros % no consignados en actas).

**3.36** Es decir, según PROVÍAS NACIONAL, los metrados por valorizar, calculados bajo la premisa de que se llevaría a cabo a partir del 1 de junio de 2012, siendo la nueva fecha de término de obra que obtuvo el CONSORCIO el 4 de julio de 2013, la misma que restada de la fecha de término de obra vigente según Calendario de Avance de Obra N° 9 igual al 25 de diciembre de 2012, se obtiene un plazo igual a 191 días calendario, que viene a ser igual a los 188 días por Ampliación de Plazo N° 07, adicionado un día por Ampliación de Plazo N° 05 y 2 días por Ampliación de Plazo N° 6, debiendo precisarse que estas dos ampliaciones de plazo se encontraban en trámite de evaluación durante el periodo de evaluación de la Ampliación de Plazo N° 07 y posteriormente fueron aprobadas a través las Resoluciones Viceministeriales N° 496-2012-MTC/02, del 30 de mayo de 2012 y 544-2012-MTC/12, del 20 de junio de 2012, respectivamente.

**3.37** Asimismo, PROVÍAS NACIONAL indica que de las ocho actividades que conforman el Presupuesto Adicional N° 09, la actividad de "Excavación de Explanaciones en Roca Fija" define la fecha de término de los trabajos de explanaciones de toda la obra y, según la programación de obra que sustenta la Ampliación de Plazo N° 07, se tiene que la precitada actividad, en lo que corresponde al Adicional N° 09, inicia el 1 de junio de 2012 y culmina 243 días después, es decir el 29 de enero de 2013; sin embargo, este número de días, ha sido calculado por el Supervisor de Obra (CONSORCIO), no obstante, que los porcentajes de clasificación utilizados en sus cálculos no se ajustan a lo realmente constatado en obra según Acta de Clasificación de Materiales del 16 de enero de 2012, siendo este documento el que debía tomarse en cuenta para evaluar la precitada ampliación.

**3.38** De otro lado, PROVÍAS NACIONAL señala que el plazo de 243 días para ejecutar trabajos en roca fija, ha sido estimado en base a metrados por valorizar desde el 1 de junio de 2012, igual a 201,398.81 m<sup>3</sup>, el cual resulta de restar los respectivos metrados aprobados por Adicional N° 09, igual a 331,852.48m<sup>3</sup>, menos los metrados valorizados al 31 de mayo 2012 igual a 130,453.67m<sup>3</sup>, según valorización N° 01 del Adicional N° 09, correspondiente al mes de mayo del 2012; sin embargo, los metrados por valorizar antes mencionados, según PROVIAS NACIONAL, no representan la cantidad real de roca fija que fue ejecutada hasta el 31 de mayo de 2012, y, por lo tanto, los 243 días tampoco debieron ser considerados en la estimación del saldo por valorizar antes mencionado, debido a los siguientes fundamentos:

- La diferencia entre la cantidad de roca fija valorizada a través de la partida de contrato principal: excavación en Explanaciones en Roca Suelta desde noviembre del 2011 hasta abril del 2012 por una cantidad total de 154,630.59m<sup>3</sup>, y la cantidad de roca fija valorizada en la primera valorización del Adicional de Obra N° 09, correspondiente a mayo del 2012, equivalente a 130,453,67m<sup>3</sup>; se explica, entre otros, porque el CONSORCIO, tramitó y validó, a través de la primera valorización del adicional, volúmenes de roca fija estimados en función a porcentajes de clasificación que no corresponden a los porcentajes señalados en el Acta de Clasificación de Explanaciones, suscrita entre el Contratista y el Supervisor de obra el 16 de enero de 2012; por lo tanto, bajo este supuesto se obtiene un saldo de metrado por valorizar que no es real.
- Respecto a los metrados de 130,453.67m<sup>3</sup> de roca fija, valorizados en el mes de mayo del 2012 por Adicional N° 09, cabe señalar que estos metrados se han obtenido a partir del volumen acumulado de roca fija consignado en la precitada valorización, igual a 432,781.53m<sup>3</sup>, al cual se le resta los metrados del contrato principal de roca fija (303,308.75m<sup>3</sup>) y se le ha sumado los metrados por sobreexcavación en roca fija (880.89m<sup>3</sup>).

- Sin embargo, el metrado acumulado de roca fija igual a 432,781.53m<sup>3</sup>, antes mencionado, resulta inferior al respectivo volumen recalculado y corregido por la Comisión Auditora, equivalente a 529,035.82m<sup>3</sup>, que resulta de utilizar los valores de porcentajes de clasificación de materiales consignados en el Acta de Inspección de Clasificación de Explanaciones de 16 de enero de 2102, la misma que sirvió de base para estimar el Adicional de Obra N° 09, así como los porcentajes de avance, valores que no fueron observados por el Supervisor de Obra y el Especialista en Administración de Contratos IV al momento de evaluar la Ampliación de Plazo N° 07.
- Con estos metrados recalculados se obtiene un volumen de roca fija igual a 226,707.96 m<sup>3</sup> (529,035.82m<sup>3</sup> - 303,208.75m<sup>3</sup> + 880.89m<sup>3</sup>), que debió ser considerado en la valorización de mayo del 2012, toda vez que a esta fecha se contaba con el acta de Inspección de Clasificación de Explanaciones antes mencionada. En ese sentido, tomando estos metrados de roca fija, se obtiene un saldo por valorizar igual a 105,144.52m<sup>3</sup> (331,852.48m<sup>3</sup><sup>2</sup> – 226,707.96 m<sup>3</sup><sup>3</sup>) que, dividido entre el rendimiento de 828,44m<sup>3</sup>/día, se obtiene una duración de 127 días, necesarios para ejecutar dicho saldo a partir del 1 de junio de 2012, es decir hasta el 6 de octubre de 2012, plazo muy inferior a los 243 días estimados por el Supervisor de Obra (CONSORCIO), tal como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3

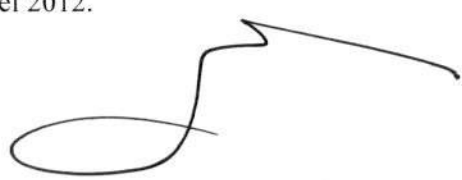
## Estimación de Duración de “Excavación de Explanaciones en Roca Fija”



| Metrado Acumulado a Mayo 2012 (Inc. 880.89m <sup>3</sup> de sobreexcavación) | Metrado del Contrato Principal | Metrado Ejecutado del Adicional N° 09 a mayo 2012 | Metrado Total aprobado por el Adicional N° 09 | Saldo de Metrado por Valorizar al 01 Jun 2012 | Rendimiento m <sup>3</sup> /día | Plazo en días | Acta de Clasificación de Materiales |
|------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------------|---------------|-------------------------------------|
|------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------------|---------------|-------------------------------------|

<sup>2</sup> Que corresponde al metrado adicional de la partida “Excavación de Explanaciones en Roca Fija” aprobado del Presupuesto Adicional N° 09.

<sup>3</sup> Metrado que debió ser considerado en la Valorización del mes de mayo del 2012.



|                                                              | A          | B          | C = B - A  | D          | E = D - C  | F      | G = E / F |                                                        |
|--------------------------------------------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|--------|-----------|--------------------------------------------------------|
| Según Supervisión de Obra con aprobación de Provías Nacional | 433,662.42 | 303,208.75 | 130,453.67 | 331,852.48 | 201,398.81 | 828.44 | 243       | Del 16 de enero de 2012 y otros que no tienen sustento |
| Corregido por Comisión Auditora                              | 529,916.71 | 303,208.75 | 226,707.96 | 331,852.48 | 105,144.52 | 828.44 | 127       | Del 16 de enero de 2012                                |

Fuente: Expediente de Ampliación de Plazo N° 07, Valorización de Contrato Principal de mayo del 2012, Acta de Clasificación de Materiales de 16 de enero de 2012.

**3.39 PROVÍAS NACIONAL** refiere que teniendo en cuenta lo analizado por la Comisión Auditora, según el Diagrama Gannt de la Ampliación de Plazo N° 07, existe una diferencia de 155 días entre la fecha de término de las Excavaciones en Roca Fija y el término de la partida Pavimentos (Concreto Asfáltico en Caliente); por lo que si se adicionan estos 155 días al plazo de obra a partir del 6 de octubre de 2012 (término de excavación en roca fija corregida), se obtiene como nueva fecha de término de la obra el 10 de marzo de 2013, es decir, resulta una ampliación de plazo de 72 días, contabilizados desde el 28 de diciembre 2012 (fecha de término de obra incluido Ampliaciones de Plazo N°s 05 y 06) hasta el 10 de marzo 2013, debiéndose resaltar que este periodo incluso es suficiente para culminar el resto de actividades del Adicional N° 09 según lo establecido en el Cuadro N° 02, con lo cual la obra debió concluir 116 días antes del plazo finalmente otorgado, lo que significa que el Contratista de la obra, habría incurrido en una demora en la entrega de la obra como consecuencia de habersele otorgado la Ampliación de Plazo N° 07 por 188 días, a causa de la mala determinación del plazo y recomendación por parte de la Supervisión de la Obra.

Cuadro N° 4

Determinación de fecha máxima de término de obra

| Código | Partida | Und. | N° de días a ampliar | Fecha de Inicio | Fecha de Término | Plazo adicional para | Fecha de término | Plazo vigente a la Amp. Plazo | Plazo necesario para |
|--------|---------|------|----------------------|-----------------|------------------|----------------------|------------------|-------------------------------|----------------------|
|--------|---------|------|----------------------|-----------------|------------------|----------------------|------------------|-------------------------------|----------------------|

|        |                                                |    |     |            |            | culminar<br>pavimento |            | N° 06      | culminar<br>la obra |
|--------|------------------------------------------------|----|-----|------------|------------|-----------------------|------------|------------|---------------------|
| 200    | MOVIMIENTO DE TIERRAS                          |    |     |            |            |                       |            |            |                     |
| 205.B2 | Excavación de<br>Explanaciones<br>en Roca Fija | m3 | 127 | 01/06/2012 | 06/10/2012 | 155                   | 10/03/2013 | 28/12/2012 | 72                  |

Fuente: Cuadro Sustento de Ampliación de Plazo N° 07 del Informe de Pronunciamiento de la Supervisión  
Elaboración: Comisión Auditora

**3.40** Por consiguiente, los hechos antes descritos, según PROVIAS NACIONAL han conllevado a la aprobación indebida de un plazo en exceso igual a 116 días (188 días – 72 días) por la Ampliación de Plazo de Obra N° 07 al Contratista y Ampliación de Plazo de Supervisión N° 05 a la Supervisión. Asimismo, debido a este exceso en los plazos aprobados, el Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra por S/. 1'961,931.94, aprobado mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20 del 17 de septiembre de 2012, también presenta un exceso ascendente a S/. 1'125,699.68, monto que resulta del recálculo efectuado en base al plazo que debió ser aprobado por Ampliación de Plazo de Obra N° 07 igual a 72 días; asimismo, de este monto en exceso se han cancelado S/. 1'103,798.58 hasta el mes de junio del 2013 (ver Cuadro N° 05 y Presupuesto Adicional de Obra N° 03 proyectado, corregido por la Comisión Auditora), situación que se ha generado por la irregular forma de valorizar metrados ejecutados de excavación en explanaciones en roca suelta y roca fija, y la incorrecta forma de estimar la Ampliación de Plazo N° 07 por parte de la Supervisión de Obra.

#### Cuadro N° 5

#### Montos en exceso, aprobados y pagados por el Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra

| Concepto                            | Monto en S/.                                                                        |                                                                                      |              |
|-------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
|                                     | Presupuesto<br>Adicional de<br>Supervisión<br>N° 03<br>según<br>PROVIAS<br>NACIONAL | Presupuesto<br>Adicional de<br>Supervisión<br>N° 03<br>según<br>Comisión<br>Auditora | Exceso       |
| Costo de<br>Supervisión<br>aprobado | 1,961,931.94                                                                        | 836,232.26                                                                           | 1,125,699.68 |

|                                          |              |            |              |
|------------------------------------------|--------------|------------|--------------|
| Costo de Supervisión Valorizado y Pagado | 1,940,030.84 | 836,232.26 | 1,103,798.58 |
|------------------------------------------|--------------|------------|--------------|

**Fuentes:**

Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20 del 17 de septiembre de 2012

Valorización N° 08 del Adicional N° 03 de Supervisión de Obra, del mes de julio del 2013. Comprobante de Pago N° 2013-06503 del 17 de agosto de 2013 (**Anexo N° 30**)

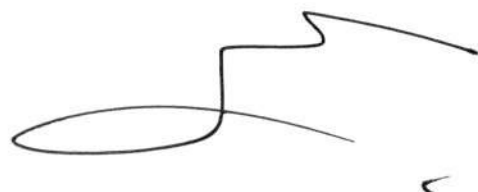
- 3.41** Asimismo, según PROVÍAS NACIONAL, la deficiente determinación de la Ampliación de Plazo N° 07, ha dado lugar a que la obra se amplíe sin sustento técnico 116 días calendario, debiendo por lo tanto asumir dicha demora quienes ocasionaron esta situación, toda vez que ha dado lugar a que se haya pagado indebidamente al contratista la suma de S/. 1'588,169.18 incluido IGV (ver Cuadro N° 06) por concepto de gastos generales variables.

**Cuadro N° 6****Estimación de Gastos Generales Variables en Exceso**

|                                                      |            |                     |
|------------------------------------------------------|------------|---------------------|
| Gastos Generales Variables de Adicional N° 09        | S/.        | 5476445.45          |
| Plazo utilizado de Adicional de Obra N° 09           | días       | 400                 |
| Gastos Generales Variables DIARIO de Adicional N° 09 | S/.        | 13691.11            |
| Plazo aprobado en exceso por Ampliación N° 07        | Días       | 116                 |
| <b>Gastos Generales Variables en Exceso</b>          | <b>S/.</b> | <b>1'588,169.18</b> |

Fuente: Presupuesto de Obra del Contrato Principal

-  **3.42** Respecto al plazo considerado en la estimación de los gastos generales variables propios del Adicional de Obra N° 09, igual a 400 días, plazo que corresponde al solicitado por el contratista en su pedido de Ampliación de Plazo N° 07, a través de la Carta N° CC/242/070612/MRV, PROVÍAS NACIONAL señala que dicho plazo fue adoptado por el Contratista de Obra, debido a que es la mayor duración de todas las actividades del precitado adicional que corresponde a la "Excavación en explanaciones en roca fija". No obstante, PROVÍAS NACIONAL refiere que es importante señalar que dicho plazo no considera el análisis de afectación de la ruta
- 



crítica que involucra un análisis de todas las actividades de la obra y que ha permitido evidenciar el manejo que se tuvo en obra respecto a la ejecución de la excavación roca fija antes de la aprobación del adicional.

**3.43 En relación a la segunda pretensión principal, PROVÍAS NACIONAL** indica que habiendo determinado que el cálculo efectuado correspondiente a los 116 de días contenidos en el presupuesto adicional fue errado, corresponde solicitar la devolución de dicho monto a la entidad.

**3.44** Conforme se acredita con las documentales que se adjuntan, PROVÍAS NACIONAL indica que se tiene que ha existido la aprobación indebida de un plazo de 116 días (188 días – 72 días) por la Ampliación de Plazo de Obra N° 07 al Contratista y Ampliación de Plazo de Supervisión N° 05 a la Supervisión. Asimismo, debido a este exceso en los plazos aprobados, el Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra por S/. 1'961,931.94, aprobado mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de fecha 17 de septiembre de 2012, también presenta un exceso ascendente a S/. 1'125,699.68.

**3.45** Como ha sido mencionado, según el PROVÍAS NACIONAL, el monto S/. 1'125,699.68 resulta del recálculo efectuado en base al plazo que debió ser aprobado por Ampliación de Plazo de Obra N° 07, igual a 72 días; asimismo, de este monto en exceso se han cancelado S/. 1'103,798.58 hasta el mes de junio del 2013 (ver Cuadro N° 5 y Presupuesto Adicional de Obra N° 03, proyectado y corregido por la Comisión Auditora), situación que se habría generado por la forma irregular de valorizar metrados ejecutados de excavación en explanaciones en roca suelta y roca fija, y la incorrecta forma de estimar la Ampliación de Plazo N° 07 por parte de la Supervisión de Obra; conforme puede advertirse del presente cuadro: (El resaltado y subrayado pertenecen a PROVÍAS NACIONAL).

**3.46** Es el caso que, de acuerdo a la equivocada determinación de la Ampliación de Plazo N° 07, se dio lugar a que la obra se amplíe sin sustento técnico en 116 días calendario, lo que fue asumido por PROVÍAS NACIONAL y que en cualquier

escenario debe ser asumido por el CONSORCIO, toda vez que su accionar ha dado lugar al pago indebido de la suma de S/. 1'588,169.18, incluido IGV (ver Cuadro N° 6) por concepto de gastos generales variables. (El resaltado y subrayado pertenecen a PROVÍAS NACIONAL).

**3.47** De otro lado, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que considerando que la estimación de los gastos generales variables propios del Adicional de Obra N° 09 es igual a 400 días, plazo que corresponde al solicitado por el contratista en su pedido de Ampliación de Plazo N° 07, a través de la Carta N° CC/242/070612/MRV, fue adoptado por el Contratista de Obra, debido a que es la mayor duración de todas las actividades del precitado adicional que corresponde a la "Excavación en explanaciones en roca fija". No obstante, PROVÍAS NACIONAL refiere que es importante señalar que dicho plazo no considera el análisis de afectación de la ruta crítica que involucra un análisis de todas las actividades de la obra y que ha permitido evidenciar en forma fehaciente el real manejo que se tuvo en la obra respecto a la ejecución de la excavación de roca fija antes de la aprobación del adicional.

**3.48** Por las consideraciones antes mencionadas, PROVÍAS NACIONAL solicita se declare fundada la presente pretensión y, en consecuencia, la devolución efectiva del pago pagado en exceso.

**3.49 Respecto a la tercera pretensión, PROVÍAS NACIONAL** indica que el abuso del derecho relacionado a una conducta antisocial, puede distinguirse del genérico acto ilícito y constituir una figura jurídica autónoma distinta como el acto ilícito *sui generis*

- 
- El acto abusivo reconoce su origen en la existencia de un específico derecho subjetivo, en cuyo ejercicio, o mediante su omisión, se llega a incumplir un genérico deber jurídico como es el de no agravar un interés ajeno mediante la actuación irregular o antisocial del derecho subjetivo. **El ilícito *sui generis* deviene en la consecuencia de la actuación de un derecho que se transforma en ilícito en el momento mismo en que se transgrede el**

genérico deber de no lesionar interés ajeno. Esta particularidad no se presenta, como condición *sine qua non* en ningún otro acto ilícito.

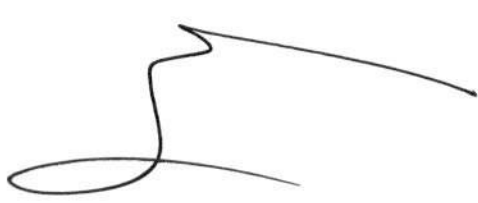
**3.50** Así también, PROVÍAS NACIONAL menciona que ha sido recogido por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, cuando al respecto señala que **“La Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho (...)”**.

**3.51** En ese sentido, PROVÍAS NACIONAL indica que habiendo evidenciado que la conducta del CONSORCIO recae en un supuesto de abuso de derecho que ha generado el pago indebido correspondiente a la suma de S/. 1'125,699.68 por los 116 días otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, solicitamos al Tribunal Arbitral que luego de evaluados los hechos determine la existencia de abuso de derecho y ordene al supervisor la devolución del monto abonado en exceso.

**3.52 Respecto a la cuarta pretensión, PROVÍAS NACIONAL** indica que la figura del enriquecimiento sin causa o indebido se encuentra contemplada en el artículo 1954 del Código Civil, en el que textualmente se establece que ***aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo***, otorgando esta figura al empobrecido la acción y el derecho de reclamar la restitución del enriquecimiento.

**3.53** En ese sentido, PROVÍAS NACIONAL hace referencia a los cinco elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa.

 **3.54** En ese escenario, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que de acuerdo a los hechos que han sido anotados en el presente proceso se cumplen los elementos de la figura del enriquecimiento sin causa, por el cual se evidencia en forma fehacientemente que ha sufrido un empobrecimiento, que dicho hecho ha sido generado por el CONSORCIO en razón a la relación contractual que los vinculaba sin ausencia de causa que lo justifique, toda vez que el pago abonado en exceso por parte de la entidad estuvo relacionado a actividades que ya se habían realizado,



como la excavación en roca fija y roca suelta y que pudieron ser identificadas conforme al cronograma de avance de obra.

**3.55** Por otro lado, PROVÍAS NACIONAL refiere que no se puede aludir a la ausencia de subsidiariedad, toda vez que una conducta diligente habría determinado que el requerimiento de la prestación adicional materia de cuestionamiento hubiese hecho en su oportunidad y no se hizo.

**3.56** Por lo expuesto, PROVÍAS NACIONAL solicita se evalúe el enriquecimiento sin causa y se declare fundada la presente pretensión.

#### **IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO**

Mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2015, el CONSORCIO contesta la demanda, señalando lo siguiente:

##### **De los antecedentes:**

**4.1** El CONSORCIO refiere que con fecha 15 de marzo de 2010, PROVÍAS NACIONAL convocó el proceso de selección correspondiente al Concurso Público N° 0002-2010-MTC/20, para seleccionar al supervisor que brindaría los servicios de supervisión de la Obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba, ubicada en el distrito de Llama, Huambos y Cochabamba, provincia de Chiclayo y Chota del departamento de Lambayeque y Cajamarca".

**4.2** Posteriormente, con fecha 26 de julio de 2010, el Comité Especial le adjudicó la Buena Pro del proceso de selección señalado precedentemente. En virtud de ello, con fecha 9 de noviembre de 2010, se suscribió el Contrato de Supervisión de Obra N° 172-2010-MTC/20 para brindar los servicios de Supervisión de la Obra.

**4.3** El monto del Contrato ascendía a S/. 9'934,367.13 (Nueve millones novecientos treinta y cuatro mil sesenta y siete y 13/100 Nuevos Soles) y comprendía el costo

del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que era necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del Contrato.

- 4.4 Por otro lado, según refiere el CONSORCIO, el 13 de agosto de 2010 suscribió el Contrato N° 134-2010-MTC/20, con el fin de que éste lleve a cabo la ejecución de la Obra. Como toda Obra, en el presente caso existieron una serie de situaciones que obligaron al Contratista a ejecutar la Obra solicitando a su vez las ampliaciones de plazo y aprobaciones de presupuestos adicionales necesarias.
- 4.5 Es así que en etapa de ejecución contractual, mediante Resolución Ministerial N° 253-2012-MTC/20, del 24 de mayo de 2012, según indica el CONSORCIO, se aprobó el Presupuesto Adicional N° 9 *Mayores Metrados en Movimientos de Tierras y Transporte*, por la suma ascendente a S/. 26'719,653.60, conjuntamente con el Deductivo Vinculante N° 4 *Menor Metrado de Excavación en Explanaciones en Roca Suelos*, por S/. 16'533,854.47.
- 4.6 Posteriormente, en vista de que la aprobación del referido presupuesto adicional afectó la ruta crítica de la obra y con ello su programación, el CONSORCIO refiere que PROVIAS NACIONAL decidió aprobar la Ampliación de Plazo N° 7, mediante la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, por 181 días calendario, de los 400 días solicitados por el Contratista.
- 4.7 Como consecuencia de ello, mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de fecha 17 de septiembre de 2012, según el CONSORCIO, se aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión de Obra N° 03, por el monto de S/. 1'961,931.94 (Un millón novecientos sesenta y un mil novecientos treinta y uno con 94/100 Nuevos Soles).
- 4.8 El CONSORCIO refiere que las referidas resoluciones permanecen vigentes a la fecha.

En relación a la primera pretensión:

**4.9** El CONSORCIO manifiesta que PROVÍAS NACIONAL le imputa incumplimiento de su obligación contractual, al realizar un cálculo ineficiente (o erróneo) al momento de plantear su opinión para la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07 del Contratista. Este incumplimiento ocasionaría un reconocimiento de 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, que supondría un perjuicio a PROVÍAS NACIONAL.

**4.10** Sin embargo, el CONSORCIO refiere que PROVÍAS NACIONAL no ha definido ni probado cuál es el supuesto incumplimiento ni en qué consiste el presunto perjuicio. Así, el CONSORCIO manifiesta en los numerales siguientes que efectivamente cumplió con su obligación:

**A. El Supervisor (CONSORCIO) cumplió sus obligaciones y actuó de manera diligente**

**4.11** Del análisis de las pretensiones y argumentos de la demanda, el CONSORCIO refiere que cuando PROVÍAS NACIONAL indica que el CONSORCIO ha realizado un ineficiente cálculo, se refiere a que habría elaborado una Opinión incorrecta que le fue propuesta para la Aprobación de la Ampliación de Plazo del Contratista.

**4.12** Por ello, el CONSORCIO refiere que el cuestionamiento no es respecto del cumplimiento oportuno y total de la presentación de la Opinión no vinculante que propone la aprobación parcial de la Ampliación de Plazo N° 07 del Contratista, sino respecto de la diligencia con que actuó al momento de presentar esta Opinión.

 **4.13** Para el análisis, el CONSORCIO refiere que se debe tener en cuenta la regla de atribución de responsabilidad en materia contractual, que se encuentra recogida en el artículo 1314 del Código Civil. De acuerdo a ello, la regla adoptada por el ordenamiento peruano es una de carácter subjetivo, es decir, una según la cual sólo será responsable quien actúa con dolo o culpa.

**4.14** En aplicación de la referida norma, según refiere el CONSORCIO, sólo hay responsabilidad en caso exista un incumplimiento que se haya producido como

resultado de una actuación no diligente por parte del deudor (una actuación dolosa o culposa). Así, lo que una regla subjetiva sanciona es la negligencia o imprudencia en el comportamiento del deudor. A la inversa, si el deudor actúa con corrección, no se le sancionará aun cuando no se consiga el resultado querido por el acreedor.

**4.15** Así también, el CONSORCIO manifiesta que existen dos niveles de atribución de responsabilidad: el dolo y la culpa.

- a. Dolo:** Existe dolo cuando el deudor conscientemente incumple con su obligación. Sobre el particular, el artículo 1318 del Código señala: ***Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación***. El dolo no implica el deseo o la intención de causar daño por parte de quien incumple. Lo único que se exige para que haya dolo es que el deudor tenga efectivo conocimiento de que incumplirá.

En el presente caso no corresponde siquiera analizar si existió dolo, porque la obligación de presentar una Opinión no vinculante para la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07 fue ejecutada de manera oportuna y cumpliendo los requisitos técnicos y legales exigidos.

- b. Culpa:** A diferencia del dolo, en el caso de la culpa no existe conciencia del incumplimiento, sino que se actúa de manera negligente y, como consecuencia de ello, se incumple. Es decir, el deudor tiene la intención de cumplir con la prestación a su cargo, pero debido a una actuación negligente termina no haciéndolo. La culpa leve se encuentra definida en el artículo 1320 del Código Civil, el cual señala que ***Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar***. Por su parte, el artículo 1319 del Código Civil señala que ***“Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”***.

**4.16** Por regla general, según manifiesta el CONSORCIO, al deudor le corresponde actuar de manera diligente para lograr el resultado buscado por el acreedor. Por otro

lado, el CONSORCIO indica también que, conforme al artículo 196 del Código Procesal Civil, quién afirma un hecho debe probarlo (la regla general de carga de la prueba).

- 4.17** Según el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL, da a entender que realizó un ineficiente cálculo al momento de presentar su Opinión no vinculante para la Aprobación de la Ampliación de Plazo del Contratista N° 07. Sin embargo, no se cumple con probar el incumplimiento imputable, ni la falta de diligencia al momento de presentar la referida opinión.
- 4.18** El artículo 201 del RLCE indica que para la procedencia de una ampliación de plazo se debe cumplir el procedimiento respectivo, considerar la afectación de la ruta crítica y la necesidad de un plazo mayor para la culminación de la obra.
- 4.19** En ese sentido, el CONSORCIO manifiesta que de acuerdo al procedimiento establecido, una vez que el Contratista presente su solicitud de Ampliación de Plazo, el Supervisor debe entregar a la Entidad dentro del plazo de siete días su Opinión no vinculante al respecto.
- 4.20** El CONSORCIO manifiesta que para la procedencia se deben reunir los siguientes requisitos técnicos y de hecho: (i) que se hayan realizado las anotaciones en el cuaderno de obra, (ii) que la solicitud haya sido presentada oportunamente, (iii) que se acredite la afectación a la ruta crítica y (iv) que el plazo solicitado sea necesario para la culminación de la obra.
- 4.21** Es por ello que el CONSORCIO indica que se cumplió con cada uno de los requisitos señalados por la norma, tan es así que PROVÍAS NACIONAL, al momento de realizar su propio análisis lo ha validado.
- 4.22** El CONSORCIO refiere que el Supervisor no decide otorgar o no el plazo solicitado por el Contratista. Al Supervisor tan sólo le corresponde realizar una Opinión que no es vinculante, ya que quien decide otorgar la ampliación de plazo es PROVÍAS NACIONAL, a través de una Resolución Viceministerial, luego de realizar su propia

evaluación de la Ampliación de Plazo, para lo cual se pronuncian sus distintos órganos.

**4.23** Es así que en el presente caso, según el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL ha confirmado el cumplimiento de cada uno de los requisitos de procedencia de la solicitud de Ampliación de Plazo planteada por el Contratista: (i) se han realizado las anotaciones en el cuaderno de obra, (ii) la solicitud fue presentada oportunamente, (iii) se acredita la afectación a la ruta crítica y (iv) el plazo solicitado es necesario para la culminación de la obra.

**4.24** Es por ello que el CONSORCIO no entiende el cuestionamiento de PROVÍAS NACIONAL, debido a que no indica siquiera cuál es el requisito de la norma que habría aplicado mal o inaplicado (el supuesto ineficiente cálculo). Es decir, no prueba el supuesto incumplimiento del Supervisor, ni un actuar contrario al estándar de la diligencia exigida.

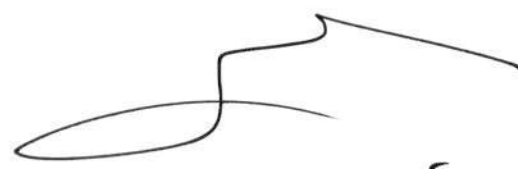
**4.25** En una parte de su demanda, según indica el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL da a entender que la causa del error o cálculo ineficiente se debe a que el Supervisor (en este caso, el CONSORCIO) (y el mismo PROVÍAS NACIONAL) habrían aprobado el Presupuesto Adicional N° 09 cuando ya las partidas habían sido ejecutadas. Sin embargo, el CONSORCIO no entiende la relación causal y técnica que existe entre la aprobación del Presupuesto Adicional N° 09 y el supuesto cálculo incorrecto de la Ampliación de Plazo N° 07, ya que se trata de análisis técnicos distintos.

**4.26** Además, el CONSORCIO refiere que en el presente arbitraje, PROVÍAS NACIONAL no cuestiona la aprobación del Presupuesto Adicional N° 09. Es más, lo presupone pertinente y válido, porque solicita la disminución del plazo necesario para ejecutar este presupuesto válidamente aprobado. Por ello, PROVÍAS NACIONAL no solicita la anulación o disminución de la totalidad del plazo otorgado al Contratista y a la Supervisión. Reconoce que sí se debe otorgar un plazo, aunque menor.



- 4.27 Por ello, según señala el CONSORCIO, la causa del supuesto ineficiente cálculo no puede ser el cuestionamiento a la aprobación del Presupuesto Adicional N° 09. El CONSORCIO enfatiza y considera absurdo que un acto que ha sido confirmado como correcto por la Entidad y se encuentra actualmente vigente, pueda ser la causa del supuesto error atribuible al Supervisor.
- 4.28 Lo único cierto en el presente caso, según el CONSORCIO, es que se aprobó un Presupuesto Adicional (N° 09), necesario para cumplir la finalidad de la obra, el mismo que generó la necesidad de una Ampliación de Plazo (N° 07) por la afectación de la ruta crítica debido al incremento de los metrados de la partida de excavación en explanaciones en roca fija.
- 4.29 En resumen, el CONSORCIO refiere que con su demanda, con una actuación contradictoria, PROVÍAS NACIONAL va contra sus propios actos al querer negar (o renegar) las decisiones que ha tomado al aprobar la Ampliación de Plazo N° 07 y, en consecuencia, el Presupuesto Adicional de la Supervisión N° 03.
- 4.30 El CONSORCIO, una vez más, hace hincapié en el hecho de que el CONSORCIO no identifica cuál es el requisito normativo recogido en el Artículo 201° del RLCE, que el Supervisor (sin perjuicio de la responsabilidad del mismo PROVÍAS NACIONAL) habría incumplido o inaplicado para considerar que el cálculo no vinculante realizado por el CONSORCIO es ineficiente, cálculo que el mismo PROVÍAS NACIONAL ha validado con su conducta.
- 4.31 Sin perjuicio de lo señalado, en la medida que PROVÍAS NACIONAL no ha identificado cuál es el supuesto requisito incumplido que se considera como un ineficiente cálculo imputable al CONSORCIO, éste indica que se reserva el derecho de ampliar los argumentos y medios probatorios, respecto de este punto.

  
 **B. La Resolución que aprueba la Ampliación de Plazo N° 7 (entre otros) es plenamente vigente y aplicable**



- 4.32** Sin perjuicio de lo señalado, el CONSORCIO resalta el hecho de que fue el mismo PROVÍAS NACIONAL quien aprobó la Ampliación de Plazo N° 7, mediante la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, por 181 días calendario, de los 400 días solicitados por el Contratista. Y lo hizo, luego de realizar su propia evaluación de cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma para la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07.
- 4.33** El cuestionamiento que ahora hace, en el negado caso de que tenga sustento, no sólo supone que PROVÍAS NACIONAL incumplió con realizar su propia evaluación de los requisitos para la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07, sino conlleva a la inaplicación de la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, que se encuentra plenamente vigente.
- 4.34** Ello, según el CONSORCIO, supone un pedido al Tribunal Arbitral que va contra los propios actos de PROVÍAS NACIONAL, lo que no se encuentra permitido en una relación contractual de buena fe.
- 4.35** No sólo eso, ya que según el CONSORCIO, la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07 es una decisión de PROVÍAS NACIONAL vinculada al Contrato que tiene con un tercero al presente arbitraje: el Contratista. En efecto, el CONSORCIO indica que si PROVÍAS NACIONAL desea inaplicar o aplicar parcialmente la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, tiene otros mecanismos que escapan al alcance de la relación contractual existente entre el Supervisor y PROVÍAS NACIONAL, porque surgen de la relación contractual que se da entre el Contratista y PROVÍAS NACIONAL, respecto de la cual no tiene vinculación alguna el presente arbitraje.
- 4.36** En ese sentido, sin perjuicio de la facultad que tiene el Colegiado para resolver respecto de su propia competencia, el CONSORCIO manifiesta que PROVÍAS NACIONAL no toma en cuenta que el Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse e inaplicar el alcance de las resoluciones que aprueban el Presupuesto Adicional N° 09 y la Ampliación de Plazo N° 07 (las cuales se encuentran vigentes). Amparar el pedido de PROVÍAS NACIONAL implicaría

declarar ineficaces los actos emitidos por la Administración respecto de una relación contractual distinta de la que ocupa el presente arbitraje.

- 4.37 Es por ello que, teniendo en cuenta lo señalado, el CONSORCIO manifiesta que corresponde declarar en su oportunidad IMPROCEDENTE o INFUNDADA la pretensión planteada por PROVÍAS NACIONAL.

**De la segunda pretensión:**

- 4.38 El CONSORCIO refiere que PROVÍAS NACIONAL sustenta su pedido del modo siguiente:

30. Es el caso, que de acuerdo a la equívoca determinación de la Ampliación de Plazo N° 07, se dio lugar a que la obra se amplié sin sustento técnico 116 días calendario, que fue asumido por la entidad y que en cualquier escenario debe ser asumido por el supervisor, toda vez que su accionar ha dado lugar al pago indebido de la suma de S/. 1'588,169, 18 incluido IGV (ver Cuadro N° 06) por concepto de gastos generales variables.

- 4.39 Es por ello que el CONSORCIO analizará en los siguientes numerales en qué consiste la figura.

- 4.40 Conforme al artículo 1267 del Código Civil, el CONSORCIO manifiesta que el pago indebido se produce cuando por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago. Se debe recordar que el pago indebido en términos simples supone un beneficio patrimonial (un enriquecimiento) de una de las partes sin tener algún derecho, lo que lógicamente causa un detrimento injusto a quien tiene que soportar este beneficio. Por ello, esta figura parte del reconocimiento del principio de que nadie puede hacerse rico y consecuentemente perjudicar la economía de otro, sin que medie alguna justificación que el Derecho lo permita.

- 4.41 Así también el CONSORCIO refiere una serie de supuestos que implican estar frente a un caso de pago indebido. El pago indebido se produce, por ejemplo, cuando se produce: (i) un doble pago, (ii) un pago en demasía, (iii) un pago de una

deuda sujeta a condición aún pendiente, (iv) el pago de una deuda sujeta a plazo suspensivo, (v) el pago con prestación distinta a la debida, (vi) el pago sin causa, (vii) entre otros varios supuestos.

**4.42** Lo anterior, según el CONSORCIO es la expresión del principio lógico y natural de que quien recibe algo que no le corresponde, no tiene razón para conservarlo.

**4.43** Ahora bien, el CONSORCIO refiere que para que efectivamente se esté frente a un caso de pago indebido, se deben presentar los siguientes requisitos:

- El pago no debe ser debido; esto es, inexistencia de una relación jurídica patrimonial entre quien paga y quien acepta el pago: un título.
- El pago debe haberse efectuado por error. Este error puede ser uno de hecho, el cual supone que quien efectúa el pago haya tenido una falsa representación de la realidad que lo haya llevado a realizar dicha acción. El error puede ser también de derecho, lo que supone una información parcial, incompleta de las normas jurídicas.

**4.44** Ninguno de estos requisitos se cumplen en el presente caso, porque los pagos que ha recibido el Consorcio han sido realizados en base a un título plenamente válido: la aprobación del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, sin que exista de por medio empobrecimiento del patrimonio de PROVÍAS NACIONAL. Es decir, **el pago es debido.**

 **4.45** Por otro lado, PROVÍAS NACIONAL, según indica el CONSORCIO no ha cometido ningún error de hecho o de derecho, ni durante el procedimiento de aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07, ni durante la aprobación del Presupuesto Adicional N° 03, ni durante los procedimientos de pago de sus derechos. Por lo tanto, el CONSORCIO concluye que **no existe error en el pago que ha recibido.**

**4.46** Ahora bien, el CONSORCIO refiere que si es que la parte afectada pretendiera reclamar la restitución de un pago supuestamente injusto que habría efectuado, está



obligada a probar que (i) no existe título que sustente los pagos realizados a su favor y (ii) que tenía una percepción errónea de la realidad o del derecho lo que lo llevó a efectuar este supuesto pago indebido. Esto, en virtud del principio procesal que señala que "quien alega un hecho debe probarlo".

**4.47** Ello, según el CONSORCIO, no sucede en el presente caso porque PROVÍAS NACIONAL no ha probado el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la devolución de un supuesto pago indebido. Por tanto, le resulta extraño y de mala fe al CONSORCIO declarar de manera tan arbitraria este supuesto pago indebido realizado por PROVÍAS NACIONAL.

**4.48** Teniendo en cuenta lo señalado, el CONSORCIO manifiesta que corresponde declarar en su oportunidad IMPROCEDENTE o INFUNDADA la pretensión planteada por PROVÍAS NACIONAL.

**De la tercera pretensión:**

**4.49** El CONSORCIO indica que PROVÍAS NACIONAL, sustenta su pedido del modo siguiente:

36. En ese sentido, habiendo evidenciado que la conducta del supervisor recae en un supuesto de abuso de derecho que ha generado el pago indebido correspondiente a la suma de S/. 1'125,699.68 por los 116 días otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, solicitamos al Tribunal Arbitral que luego de evaluados los hechos determine la existencia de abuso de derecho y ordene al supervisor la devolución del monto abonado en exceso.

**4.50** Al respecto, el CONSORCIO indica que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. En efecto, este principio se ve expresamente proscrito en varios cuerpos normativos, por ejemplo, esta prohibición se encuentra establecida en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú del año 1993, la que expresamente indica lo siguiente:

"Artículo 103.-

(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho." (El subrayado y resaltado pertenecen al CONSORCIO).

4.51 Asimismo, la proscripción del ejercicio abusivo del derecho la encontramos también en la sección "Título Preliminar" del Código Civil:

*"Ejercicio abusivo del derecho*

Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar la indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso." (El subrayado y resaltado pertenecen al CONSORCIO).

4.52 Es así que el CONSORCIO refiere que el abuso del derecho es un acto ilícito *sui generis* que puede consistir en el uso desmedido o la falta de uso de un derecho. En ese sentido, para que esto se produzca, la actuación o conducta jurídicamente abusiva y antisocial, debe perjudicar el interés ajeno; es decir, sólo cuando se observa que una conducta sea identificada como **antisocial** y que ésta rompa la regla general del deber jurídico de no perjudicar ilícitamente a otro, se estará frente a un ejercicio abusivo del derecho.

4.53 Así mismo, el CONSORCIO refiere que se deben tener en cuenta los siguientes requisitos acerca del abuso del derecho:

- 
- 
- i. La existencia de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal. El ejercicio de esa conducta permitida sea contrariando los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres.
  - ii. El ejercicio abusivo del derecho de acción puede afectar y causar daños en dos sentidos: con relación a la otra parte, y con relación al Estado. No es necesario distinguir entre dolo o culpa. La conducta debe ser una abusiva.

- 4.54** En el presente caso, según el CONSORCIO, no se cumple ninguno de los requisitos mencionados, porque ni el propio CONSORCIO ni el mismo PROVÍAS NACIONAL, han aplicado de manera contraria a la finalidad de la norma (o abusando del derecho) las reglas que establecen el procedimiento de aprobación de una ampliación de plazo. Tampoco existe algún daño que genere la aplicación de las referidas normas porque PROVÍAS NACIONAL, ni ningún tercero, han sufrido un perjuicio económico o de cualquier otra naturaleza.
- 4.55** Así también, el CONSORCIO manifiesta que apelar a este principio del derecho supone traer bajo análisis la existencia de la justicia detrás de la norma, más allá de cualquier formalismo. Y, en el presente caso, según el CONSORCIO, lo justo es reconocer que éste ejecutó y recibió un pago por el Presupuesto Adicional N° 03, que era necesario para el cumplimiento de la finalidad del contrato (considerando los días de Ampliación de Plazo N° 07 aprobado al Contratista).
- 4.56** Por otro lado, considerando cuál es la consecuencia del ejercicio abusivo del derecho (si es que se produce este supuesto), el CONSORCIO menciona que la teoría establece que se debe restituir el estado de las cosas a la situación igual o semejante a la que se encontraba antes del daño.
- 4.57** Así, según el CONSORCIO, la pregunta sobre cuál es el daño que ha sufrido PROVÍAS NACIONAL y que debe ser restituido, posee una respuesta negativa.
- 4.58** Por otro lado, en el supuesto negado de que se considere que sí se configura el ejercicio abusivo del derecho, el CONSORCIO señala que se debe tener en cuenta la conducta de PROVÍAS NACIONAL, ya que es el responsable exclusivo y directo, porque fue quien aprobó tanto la Ampliación de Plazo como el Presupuesto Adicional discutidos, que ahora considera abusivos.
- 4.59** Por ello, el CONSORCIO manifiesta que no entiende la razón de este supuesto abuso del derecho, ya que en todo caso, quien ha realizado un abuso de derecho es el mismo PROVÍAS NACIONAL, que evaluó y aprobó las resoluciones bajo análisis

(la Supervisión sólo emite Opinión no vinculante), razón por la cual, lo que reclamaría el CONSORCIO es un "autoabuso" del derecho realizado por PROVÍAS NACIONAL contra la misma Entidad, lo que sería un absurdo jurídico que cae por su propio peso.

**4.60** En efecto, según el CONSORCIO, no es el Supervisor quien aprueba el presupuesto adicional ni la ampliación de plazo solicitada por el Contratista. Asimismo, el CONSORCIO refiere que no se está ante un supuesto de inducción a error a PROVÍAS NACIONAL, porque esta institución tiene un procedimiento interno en el que intervienen diversos organismos y especialistas que analizan la viabilidad de lo solicitado por el Contratista.

**4.61** Es por ello que teniendo en cuenta lo señalado, el CONSORCIO solicita se declare en su oportunidad IMPROCEDENTE o INFUNDADA la pretensión planteada por PROVÍAS NACIONAL.

**Respecto de la cuarta pretensión:**

**4.62** A efectos de analizar la viabilidad del pedido de PROVÍAS NACIONAL, el CONSORCIO refiere que se debe identificar qué es el enriquecimiento sin causa y cuáles son los requisitos de su procedencia.

**4.63** El enriquecimiento sin causa, según señala el CONSORCIO, puede ser definido como un incremento patrimonial (aunque puede tratarse de beneficios no patrimoniales, por ejemplo derechos) de una parte a expensas del decremento patrimonial de otra, sin que medie o exista causa justa. Es decir, la figura del enriquecimiento sin causa aparece cuando una persona sufre injustamente un detrimento patrimonial que beneficia económicamente a otra; o, en otro caso se podría manifestar cuando una persona no incrementa su situación patrimonial pero existe otra que sí se beneficia económicamente.

Es por ello que el CONSORCIO refiere que el enriquecimiento sin causa aparece en el supuesto en que una persona se enriquece injustamente a costa de otro, distorsionando de ese modo la situación patrimonial de los sujetos.

**4.64** En el Código Civil peruano, según el CONSORCIO, no existe una definición del enriquecimiento sin causa, ya que este cuerpo normativo sólo recoge el derecho (y la obligación del otro) de quien se ve afectado por el enriquecimiento injustificado de la otra parte. En efecto, el artículo 1956 del Código Civil señala lo siguiente: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo"*.

**4.65** Nuestro Código Civil, según el CONSORCIO, indica que el enriquecimiento sin causa crea una obligación de indemnizar para quien se ve beneficiado económicamente a expensas de otro; y para que sea procedente el enriquecimiento sin causa, el CONSORCIO refiere que debe existir (i) el enriquecimiento del demandado, (ii) el empobrecimiento del demandante, (iii) la relación causal entre estos hechos, (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento, y (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

**4.66** Sobre el primer (i) elemento, el CONSORCIO menciona que el enriquecimiento aparece como la diferencia entre el patrimonio actual del enriquecido, y el patrimonio que el demandado hubiese seguido si no hubiese existido un perjuicio injusto en el patrimonio del demandante. En el presente caso, no se cumple este requisito, porque no existe un enriquecimiento indebido en el patrimonio del propio CONSORCIO. No existe ni duplicidad en el cobro de derechos, ni ningún otro elemento que permita afirmar que hemos recibido algún beneficio que exceda el derecho que nos corresponde.

**4.67** Sobre el segundo punto (ii), el CONSORCIO manifiesta que el elemento se configura cuando una persona se ve empobrecida. Sin embargo, este empobrecimiento no necesariamente tiene que venir del patrimonio del afectado, con que sea a expensas suyas. Así, en el presente caso, según el CONSORCIO, no se cumple este requisito porque no existe un empobrecimiento del patrimonio de PROVÍAS NACIONAL. Todo lo contrario, ya que se ha visto beneficiada con la

aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07 (y, en consecuencia, del Presupuesto Adicional de la Supervisión N° 03), porque era necesaria para la culminación de la obra.

**4.68** El CONSORCIO refiere que sí existiría un empobrecimiento de su patrimonio si se amparase alguna de las pretensiones de PROVÍAS NACIONAL, pese a que se ha culminado el servicio de manera satisfactoria. Ello, considerando además que las resoluciones que aprueban la Ampliación de Plazo N° 07 y el Presupuesto Adicional de la Supervisión N° 03 se encuentran plenamente vigentes.

**4.69** Sobre el tercer punto (iii), el CONSORCIO manifiesta que es el elemento que une o complementa a los dos (2) anteriores. Es decir, este requisito es el que permite que los elementos mencionados líneas arriba tengan relevancia para explicar el desequilibrio creado entre las partes.

**4.70** En efecto, para apreciar una verdadera y real afectación a la equidad y justicia que debe haber siempre en una relación jurídica patrimonial, el CONSORCIO señala que se debe tener en cuenta la existencia de un nexo entre el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra por algún hecho en específico; es decir, el enriquecimiento de una parte debe darse y el empobrecimiento de la otra es generado por la aparición de una situación determinante que une los dos (2) hechos anteriores. Sin embargo, tal como lo indica el CONSORCIO, en el presente caso no existe un desequilibrio económico en el patrimonio que tienen ambas partes.

**4.71** La otra cara de este elemento, según refiere el CONSORCIO, supone que todo enriquecimiento debe tener justa causa y ello sucede, dado que en el presente caso el CONSORCIO ha recibido un justo beneficio por el pago correspondiente por la aprobación del Presupuesto Adicional de la Supervisión N° 03; es decir, existe una justa causa, la misma que no está en controversia porque permanece vigente. En efecto, la resolución que aprueba el Presupuesto Adicional de la Supervisión N° 03 (y la Ampliación de Plazo N° 07) siguen vigentes. (El subrayado y resaltado pertenecen al CONSORCIO).

**4.72** Es por ello que teniendo en cuenta que no se cumplen los elementos analizados, el CONSORCIO concluye refiriendo que tampoco se cumple el cuarto (iv) requisito y, por ende, no existe enriquecimiento injusto por parte del CONSORCIO.

**4.73** Finalmente, según alega el CONSORCIO, el enriquecimiento sin causa, para que pueda prosperar dentro del ámbito procesal, debe presentarse como la última y única figura idónea para reclamar el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre las partes (requisito v.). Es por ello que el CONSORCIO cuestiona en qué situaciones específicas podría prosperar esta figura.

**4.74** Al respecto, el artículo 1955 del Código Civil establece lo siguiente:

*“La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.*

”

**4.75** El CONSORCIO manifiesta que nuestro Código Civil refiere que en la medida en que exista otra acción para poder obtener la indemnización, no prospera la acción de enriquecimiento sin causa. Si no existe otra vía de derecho alternativa para resarcir el equilibrio de las partes, el enriquecimiento sin causa es el último y único instrumento jurídico para alcanzarlo.

**4.76** El CONSORCIO indica que en el presente caso no se cumple este requisito, porque la Entidad tuvo varias vías para reclamar el derecho que reclama por un supuesto empobrecimiento indebido. Para empezar, ante la solicitud de aprobación del Presupuesto Adicional N° 09 y la Ampliación de Plazo N° 07, pudo denegarlo en el procedimiento de aprobación que establece la Ley. Luego, en el caso que considere que existe un error o cálculo ineficiente en la decisión que tomó, previo sustento de la existencia del error (lo que no sucede en el presente caso), pudo anular de oficio las respectivas resoluciones que aprueban; acto que no sucedió.

**4.77** La conducta de PROVÍAS NACIONAL, según el CONSORCIO, consintió la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 07 y el Presupuesto Adicional del

Supervisor N° 03, por lo que el reclamo por enriquecimiento sin causa no es la vía residual para amparar su supuesto derecho.

**4.78** Teniendo en cuenta lo señalado el CONSORCIO solicita se declare IMPROCEDENTE o INFUNDADA la pretensión planteada por PROVÍAS NACIONAL.

#### **De los costos arbitrales**

**4.79** El CONSORCIO señala que la cláusula arbitral del Contrato suscrito entre las partes no hace referencia alguna a los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponde aplicar lo previsto en el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, el cual precisa que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

**4.80** Es por ello que el CONSORCIO afirma que finalmente, el numeral 1 del artículo mencionado señala que, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Esta misma disposición es recogida en el artículo 104 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, aplicable.

**4.81** Por las razones expuestas, tras declararse improcedentes o infundadas las pretensiones de PROVÍAS NACIONAL, el CONOSORCIO manifiesta que la entidad tendrá que hacerse cargo de los costos y costas arbitrales en los que ha incurrido al término del presente arbitraje.

#### **V. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios**

Con fecha 28 de enero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, estableciéndose los siguientes puntos

**5.1.** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que EL CONSORCIO ha realizado un ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7, lo cual devino en los 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto

Adicional de Supervisión N° 03, conforme a lo establecido en el Informe Especial N° 04-2014-02-0661 derivado de la "Evaluación de Presupuestos Adicionales de Obra que tienen una incidencia menor al 15% del monto del Contrato" efectuado por el Órgano de Control Institucional de PROVÍAS NACIONAL.

- 5.2. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare como pago indebido (en exceso) efectuado a favor de EL CONSORCIO la suma de S/1'125,699.68, incluido IGV, como producto del ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7, lo cual devino en los 116 días de servicio en exceso otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03.
- 5.3. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO para que proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL de la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.
- 5.4. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que constituye un abuso de derecho en contra de PROVÍAS NACIONAL el que se haya reconocido a favor de EL CONSORCIO los 116 días de servicio en exceso otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3.
- 5.5. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONSORCIO proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.
- 5.6. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que constituye un enriquecimiento indebido en contra de PROVÍAS NACIONAL el que se haya reconocido a favor de EL CONSORCIO los 116 días de servicio en exceso otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3.
- 5.7. Determinar si corresponde o no que el Tribunal arbitral ordene que EL CONSORCIO proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL de la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.

5.8. Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales.

## **VI. Del cierre de la Etapa Probatoria y Alegatos Escritos**

6.1 Mediante Resolución N° 24, de fecha 28 de febrero de 2017, de conformidad con los artículos 57 y 58 del Reglamento, atendiendo a que no existen actuaciones de medios probatorios pendientes, se procede a declarar cerrada la etapa probatoria, por lo cual, a solicitud de las partes se les concedió un plazo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del día siguiente de suscrita la presente acta, para que presenten sus alegatos escritos.

6.2. Con fecha 9 y 10 de marzo de 2017 se tienen presentes los alegatos escritos presentados por PROVÍAS y el CONSORCIO, respectivamente.

## **VII. De la Audiencia de Informe Oral**

Con fecha 2 de mayo de 2017 se llevó acabo la Audiencia de Informe Oral, mediante el cual las partes expusieron sus posiciones respecto de la presente controversia.

## **VIII. Del plazo para laudar**

En el Acta de la Audiencia de Informes Orales se estableció el plazo para laudar en un plazo de treinta (30) días hábiles, el cual deberá contarse a partir del día hábil siguiente de notificada la referida Resolución. Dicho plazo venció el 13 de junio de 2017.

## **IX. Prórroga del plazo para laudar**

Mediante Resolución N° 30, de fecha 1 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso la prórroga del plazo para la emisión del Laudo Arbitral, por 30 días hábiles, fijándose como nueva fecha de término del plazo el día 26 de julio de 2017.

## **X. Cuestiones preliminares**

Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.
- Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que la Entidad presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que el CONSORCIO fue debidamente emplazado con la demanda, contestó, y ejercitó plenamente su derecho de defensa.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas, habiendo sido el Tribunal Arbitral totalmente permisivo al otorgar nuevos plazos para presentar pruebas adicionales y en realizar todas las Audiencias necesarias para que las partes sustenten con profundidad sus posiciones.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.



## **XI. Análisis de los puntos controvertidos**



### **XI.1 Respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.**

Respecto a la presente pretensión, fue fijado el siguiente punto controvertido:

*“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que EL CONSORCIO ha realizado un ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7, lo cual devino en los 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, conforme a lo establecido en el Informe Especial N° 04-2014-02-0661 derivado de la “Evaluación de Presupuestos Adicionales de Obra que tienen una incidencia menor al 15% del monto del Contrato” efectuado por el Órgano de Control Institucional de PROVÍAS NACIONAL.”*

1. A efectos de resolver el presente punto controvertido, este Tribunal debe partir por identificar el sentido preciso de la pretensión del demandante, definiendo con ello la dirección del análisis subsecuente, sin exceder lo pedido, y descartándose la eventual emisión de un pronunciamiento sobre asuntos que pudieran encontrarse fuera de la competencia del Tribunal Arbitral.
2. Es de apreciarse en el planteamiento del demandante la solicitud de un pronunciamiento declarativo del Tribunal, respecto al cálculo de días de ampliación, efectuado por el Supervisor para la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato “Mejoramiento y Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”, lo cual habría devenido en 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03.
3. En términos precisos, se pide que se declare que el Consorcio “ha realizado un ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7”, lo que habría devenido en 116 días otorgados en exceso para la ejecución del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, de acuerdo a las conclusiones del Informe N° 04-2014-02-0661, emitido por el Órgano de Control Institucional (OCI) de la Entidad.
4. La primera cuestión que emerge de tales términos es la apreciación de que la primera pretensión es un cuestionamiento de la eficacia de la Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, que aprobara la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato “Mejoramiento y

Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”; es decir, el demandante solicita un pronunciamiento sobre la corrección con que fue efectuado el cálculo de días ampliados, correspondientes por el Consorcio Supervisor Cochabamba, para derivar de ello ciertos efectos pecuniarios en favor de la Entidad, planteados en las subsecuentes pretensiones de su demanda.

5. En tal escenario, este Tribunal entiende que la labor de definir si se ha realizado un cálculo ineficiente de la Ampliación de Plazo N° 7, entendiéndose con ello, que deberá determinarse si se ha hecho un cálculo en exceso a favor del Contratista, se equipara de manera lógica a una reevaluación de los términos en que fue otorgada la Ampliación de Plazo N° 7 para la ejecución del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03 de la obra “Mejoramiento y Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”
6. Señalado lo anterior, conviene efectuar un breve recuento de los antecedentes del presente punto controvertido, que se pasan a recapitular:

- Con fecha 13 de agosto de 2010, PROVÍAS NACIONAL y el CONSORCIO CAJAMARCA (conformado por Constructora Queiroz Galvao S.A. Sucursal Perú y Construcoes e Comercio Camargo Correa S.A. Sucursal Perú) suscribieron el Contrato N° 134-2010-MTC/20, para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba”, con un plazo de ejecución de 720 días calendario y por un monto de S/. 278'894,855.95, incluido el IGV, bajo el sistema de Precios Unitarios referidos al mes de octubre del 2009.

- El 9 de noviembre de 2010, PROVÍAS NACIONAL y el CONSORCIO SUPERVISOR COCHABAMBA (conformado por las empresas Alpha Consult S.A., ACI Proyectos S.A., Ecoviana S.R.L., Conesupsa y Corpei S.A.) suscribieron el Contrato de Supervisión de Obra N° 172-2010-

MTC/20, para la prestación de servicios de supervisión de la obra materia del contrato, por un monto de S/. 9'934,367.13, incluido el IGV, con precios referidos al mes de diciembre del 2009, el cual comprendería tres Etapas: Primera Etapa: Etapa de Revisión del Estudio (30 d/c), Segunda Etapa: Supervisión de Obra (720 d/c), y Tercera Etapa.- de Elaboración del Informe Final, Revisión y Liquidación de Contratos (60 d/c).

- El Expediente Técnico de la Obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba", fue aprobado con la Resolución Directoral N° 1626-2009-MTC/20, de fecha 18 de diciembre de 2009.
- Mediante Resolución Ministerial N° 253-2012-MTC/02, del 24 de mayo de 2012, se aprobó el Presupuesto Adicional N° 09: "Mayores Metrados en Movimiento de Tierras y Transporte" por S/. 26'719,653.60, incluido el IGV, y el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 04: "Menor Metrado de Excavación en Explanaciones en Roca Suelta" por S/ 16'533,854.47, incluidos el IGV, presupuestos que indican mayores metrados de "Excavación en explanaciones en roca fija" y menores metrados de "Excavación en explanaciones en roca suelta", respectivamente.
- Asimismo, mediante Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, PROVÍAS NACIONAL aprobó la Ampliación de Plazo N° 07, de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba" por 188 días calendarios, señalando como nuevo término de la obra el 4 de julio de 2013.
- Mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de 17 de septiembre de 2012, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que aprobó el Presupuesto Adicional de Supervisión de Obra N° 03 de la citada Obra, por la cantidad de S/. 1'961,931.94.

- Mediante Informe Especial N° 04-2014-2-0661, el Órgano de Control Institucional de PROVIAS NACIONAL emitió una observación a la Obra que se indicaba como "Pago indebido de S/. 2'713,868.86, inc. IGV, por el reconocimiento irregular de 116 días de exceso de ampliación de plazo".
  - Es en atención a dicho informe que, a decir del demandante, se habría dado inicio al presente proceso arbitral, con la finalidad de recuperar los montos pagados en exceso como consecuencia de un ineficiente cómputo de los días que debían ser otorgados en ampliación de plazo.
7. Al respecto, corresponde a este Tribunal manifestar que la Ampliación de Plazo N° 7 de la obra "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba", aprobada por Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, constituye un acto firme y no es materia arbitrable. Como fuera indicado en considerandos previos, la sola evaluación de alegados errores en los trabajos de cálculo que generaron la referida ampliación, se equipara a una revisión del contenido de un acto contractual cuyos términos son —a la fecha— incuestionables, conforme a las normas que atañen a la arbitrabilidad de las ampliaciones de plazo.
8. El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender de Caivano,<sup>14</sup> ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

<sup>14</sup> CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006p. 116.

9. De esta manera, Zuleta<sup>15</sup> señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:<sup>16</sup>

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);
- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);
- Obligatorio en sentido material: debe hacer identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y
- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

10. Así, conviene citar la disposición contenida en el Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

<sup>15</sup> ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 223.

<sup>16</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 117.

*“Procedimiento de ampliación de plazo**(...)*

*Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.”*

11. La disposición transcrita establece una tajante preclusión del derecho a conciliar o arbitrar, repárese, sobre cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazo. Como pone en evidencia la redacción anterior, no sólo asuntos de eficacia o validez se encuentran comprendidos en el plazo de caducidad del artículo 201, sino cualquier controversia conectada a las ampliaciones, lo que indudablemente se verifica en la pretensión en estudio. El demandante pretende la revisión de los propios términos en que fuera concedida la Aprobación de Plazo N° 7, es decir, solicita a este Tribunal que traiga a su conocimiento el contenido de un acto cuya arbitrabilidad ha expirado.
12. Este Tribunal entiende que las articulaciones del demandado van orientadas a la obtención de un pronunciamiento declarativo que franquee la recuperación de montos que, a decir suyo, habrían sido pagados sobre la base de un cálculo erróneo por parte de la supervisión del contrato de obra. Sin embargo, este Tribunal tiene la convicción de que entrar a un análisis de fondo sobre la mayor o menor exactitud de las cifras contenidas en la Aprobación de Plazo N° 7, y sus efectos en el contrato, constituiría una frontal transgresión del artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y una verdadera extralimitación de su competencia.

***Aprobación de la Ampliación de Plazo N° 7 y Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03***

13. En adición a lo expuesto, este Tribunal debe llamar a la atención sobre la circunstancia de quién es el sujeto emisor de los actos bajo cuestionamiento

del demandante. Es de especial relevancia recordar que, bajo las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, recae exclusivamente sobre la Entidad la decisión de otorgar una ampliación de plazo, así como la extensión del plazo ampliado, conforme se verifica de una lectura del artículo 201° del RLCE, que a continuación se cita:

*“Art 201°.- Procedimiento de ampliación de plazo*

*Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.*

**El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión** sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. **La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días**, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe.

(...)”

(Énfasis agregado)

14. Por su parte, el artículo 193 del Reglamento, es claro en establecer que las actuaciones del Supervisor de obra de ningún modo comportan la potestad de

cambiar los términos contractuales, lo que lógicamente involucra al plazo contractual de la obra:

*“Art 193º.- Funciones del Inspector o Supervisor*

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

*El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.*

**No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.**

*El contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionada con esta.”*

(Énfasis agregado)

15. En efecto, la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 7, acto cuyos términos la Entidad cuestiona en el presente punto controvertido, fue emitida por la propia Entidad mediante Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012. Por otro lado, este Tribunal debe anotar que la opinión de un Supervisor sobre la procedencia o improcedencia de una ampliación de plazo no es vinculante y las áreas internas de Provías evalúan también la solicitud de ampliación tramitada por el contratista, pudiendo o no coincidir con la opinión del Supervisor.

16. En ese sentido, este Colegiado encuentra que una razón adicional por la cual la Entidad no puede solicitar a un Tribunal que revise los términos de la ampliación de plazo N° 7, responde a consideraciones propiamente contractuales, pues ella emitió vía resolución su voluntad vinculante, de modo que se encuentra constreñida por los términos de su propia declaración.
17. Estas consideraciones, a entender del Tribunal, excluyen toda posibilidad de entrar a un estudio de fondo de los diversos medios de prueba aportados por las partes para la cuantificación del plazo correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 7, al haberse determinado, por un lado, la improcedencia de la pretensión bajo análisis, y por otro, que la Entidad no puede volver sobre una decisión propia con efectos contractuales.
18. Por tanto, este Tribunal estima que la pretensión materia del presente punto controvertido corresponde ser declarada infundada.

## **XI.II Respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Arbitral**

A este respecto, se definió como puntos controvertidos, los siguientes:

*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare como pago indebido (en exceso) efectuado a favor de EL CONSORCIO la suma de S/1'125,699.68, incluido IGV, como producto del ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7, lo cual devino en los 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03."*

*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO para que proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV."*

1. PROVÍAS solicita la restitución de S/1'125,699.68, incluido IGV, por pago indebido producto de un ineficiente cálculo de la Ampliación de Plazo N° 7,

que habría generado 116 días de servicios en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03.

2. PROVÍAS NACIONAL indica que se tiene que ha existido la aprobación indebida de un plazo de 116 días (188 días – 72 días) por la Ampliación de Plazo de Obra N° 07 al Contratista y Ampliación de Plazo de Supervisión N° 05 a la Supervisión. Asimismo, debido a este exceso en los plazos aprobados, el Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra por S/. 1'961,931.94, aprobado mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de fecha 17 de septiembre de 2012, también presenta un exceso, ascendente a S/. 1'125,699.68.
3. El monto de S/. 1'125,699.68, reclamado por PROVÍAS NACIONAL, resultaría del recálculo efectuado sobre la base del plazo que debió ser aprobado por Ampliación de Plazo de Obra N° 07, igual a 72 días; asimismo, de este monto en exceso se habrían cancelado S/. 1'103,798.58 hasta el mes de junio de 2013, situación que se habría generado por la forma irregular de valorizar metrados ejecutados de excavación en explanaciones en roca suelta y roca fija, y la incorrecta forma de estimar la Ampliación de Plazo N° 07 por parte de la Supervisión de Obra.
4. Así, señala el demandante que la equivocada determinación de la Ampliación de Plazo N° 07 efectuada por el Supervisor, dio lugar a que la obra se amplíe sin sustento técnico por 116 días calendario, lo que fue asumido por PROVÍAS NACIONAL y que, en cualquier escenario, debe ser asumido por el CONSORCIO.
5. A efectos de emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido, este Tribunal estima necesario realizar una breve exposición sobre la figura del pago indebido, a efectos de determinar si corresponde reconocer la restitución solicitada por el demandante por este concepto.

6. El pago indebido, o también denominado "pago de lo que no se debe", o *conditio indebiti*, es el pago hecho sin estar obligado a hacerlo. Es decir, no existe una obligación, ni deuda por pagar; ni siquiera hay un deber moral que justifique el pago.

De acuerdo a Osterling y Castillo<sup>17</sup>, "(...) el pago indebido puede ser entendido como una desviación del pago, es decir, como un pago alejado del cumplimiento de los requisitos que debe tener todo pago". Por lo tanto, podemos indicar que el pago indebido no reúne los requisitos que el Derecho impone al pago.

7. En consecuencia, el pago indebido es aquel realizado por error de hecho o de derecho y sin ningún fundamento jurídico. Igualmente se considera como pago indebido, aquél que, existiendo pendiente realmente una obligación, se hace por error a una persona que no es el acreedor; o el que, igualmente por error, se hace por quien no es el deudor, pero creyendo que debe.

8. Según detalla Raúl Ferrero Costa<sup>18</sup>, para que proceda el derecho de restitución, es necesario que concurren los siguientes requisitos:

"a) El cumplimiento de una prestación. Si bien el artículo 1267 del Código Civil solamente señala como supuesto el cumplimiento de una prestación de dar ("entrega a otro de algún bien o cantidad en pago"), no obstante, a tenor del artículo 1276, debe aplicarse una regla similar cuando el comportamiento del solvens consista en un hacer o en un no hacer. (...)

b) El animus solvendi. Vale decir, propósito de extinguir una obligación propia. Este elemento intencional es fundamental para configurar un supuesto de pago indebido, pues si el *solvens* actúa a sabiendas de que no

<sup>17</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario Castillo Freyre. "Compendio de Derecho de las Obligaciones" Palestra, Lima, 2008, Pág. 624.

<sup>18</sup> FERRERO COSTA, RAUL. "Definición y efecto del pago indebido, Artículo 1267° del CC". En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Obligaciones. Tomo VI. Gaceta Jurídica. 2004, Pág. 647 y 648.

se trata de una obligación propia, podría configurarse un caso de subrogación en el pago. (...)

c) Inexistencia de la obligación (falta de causa), ya sea en razón de que la prestación no era debida (*indebitum ex re u objetivo*) o, si existiendo la deuda, ésta no era de cargo del solvens, ni a favor del accipiens (*indebitum ex persona o subjetivo*). Este elemento evidencia con toda claridad su diferencia con el pago verdadero que sí satisface una obligación existente, mientras que en el pago indebido o no existe o no es a favor de quien recibe, o no es de cargo de quien paga. Por otra parte, la palabra pago, en el lenguaje técnico, presupone la existencia de una relación obligatoria que se extingue mediante ese acto, en tanto que en el pago indebido encontramos una atribución patrimonial que no tiene como base una obligación previa y, por tal motivo, precisamente, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

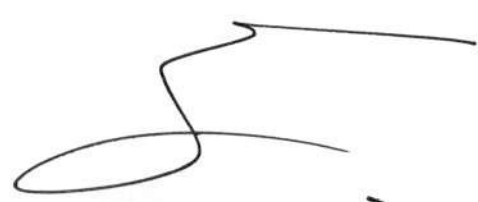
d) El error de hecho o de derecho en la persona que realiza el pago (el solvens). El *solvens* debe proceder por error, es decir, por equivocación. El error que hace procedente la repetición de lo pagado también puede presentarse cuando el solvens es efectivamente deudor, pero satisface a su acreedor con una prestación distinta de aquella en que se obligó o bien cuando el error recae en las circunstancias o modalidades de la prestación debida".

9. A la luz de lo expuesto, este Tribunal advierte que el pago efectuado por PROVÍAS, cuya restitución ésta solicita vía su segunda pretensión, se encuentra nitidamente respaldado por la relación obligatoria generada en razón de la Ampliación de Plazo de Supervisión N° 05, y consecuente Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra, este último aprobado por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de fecha 17 de septiembre de 2012. Dichos actos generaron efectos contractuales sobre el plazo del Contrato de Supervisión y el monto contractual, lo que constituye causa de la obligación de pago así generada.

10. Este Tribunal discrepa de la postura del demandante, quien sostiene que se ha efectuado un pago indebido, por cuanto la Supervisión generó cálculos erróneos para la cuantificación de la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato de obra, lo que habría derivado en un plazo adicional otorgado en exceso para la Ampliación N° 5 del Contrato de Supervisión y un pago en exceso generado en el Presupuesto Adicional N° 03. Como fuera ya señalado, para efectos del presente análisis, la causa o título del pago ha sido nítidamente identificada; la relación obligacional queda verificada en los actos con efectos contractuales emitidos por la Entidad; por tanto, queda descartado que se haya generado un desplazamiento en exceso o un cobro indebido de parte del CONSORCIO.
11. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal debe señalar que, habiéndose declarado infundada la primera pretensión principal de la demanda, tampoco correspondería en el presente punto evaluar la cuantía de la Ampliación de Plazo N° 7, a partir de la cual el demandante fundamenta su reclamación por pago indebido. Dicha cuantificación, por lo demás, resulta, no sólo de imposible realización en el presente arbitraje, sino además irrelevante para el punto controvertido bajo análisis, pues como fuera expuesto en los considerandos previos, la obligación contractual que sustenta el pago efectuado por la Entidad ha sido verificada en existencia y cuantía, lo que determina que estemos frente a un pago correcto e incontrovertible.
12. Por lo antes señalado, corresponde a este Tribunal desestimar la presente pretensión.

  
**XI.III Respecto a la Tercera Pretensión de la Demanda Arbitral**

Respecto a la tercera pretensión de la demanda, fueron establecidos los siguientes puntos controvertidos:



*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que constituye un abuso de derecho en contra de PROVÍAS NACIONAL el que se haya reconocido a favor de EL CONSORCIO los 116 días, de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3."*

*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene que EL CONSORCIO proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV."*

1. PROVÍAS NACIONAL indica que la conducta del CONSORCIO recae en un supuesto de abuso de derecho que ha generado el pago indebido correspondiente a la suma de S/. 1'125,699.68 por 116 días, otorgados en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, solicitando al Tribunal Arbitral que luego de evaluados los hechos determine la existencia de abuso de derecho y ordene al supervisor la devolución del monto abonado en exceso.
2. Como primera cuestión este Tribunal debe señalar que el contenido de la presente pretensión plantea el mismo monto reivindicado por la Entidad en la segunda pretensión de la demanda, aunque en este apartado la figura jurídica invocada es la de un alegado abuso de derecho. Así, pues, resulta lógico determinar que la tercera pretensión se encuentra subordinada a la segunda, es decir, que su conocimiento queda sujeto a la eventualidad de que la propuesta como principal haya sido desestimada.
3. Señalado lo anterior, este Tribunal advierte que el demandante imputa al CONSORCIO la comisión de un acto que constituiría abuso de derecho en contra de PROVÍAS, por cuanto el ineficiente cálculo efectuado para la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato de Obra, habría generado 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03, solicitándose la devolución del monto de S/. 1'125,699.68.

4. Frente a lo solicitado por el demandante, este Tribunal debe indicar que la figura del abuso de derecho es un instituto jurídico previsto para fenómenos de naturaleza muy diversa de aquéllos que corresponden al caso bajo análisis. Así, se denomina abuso del derecho a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo o situación jurídica de ventaja actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede determinada facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho.
5. Efectivamente, nuestro Código Civil establece en el artículo II del Título Preliminar que “la Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho”.
6. Al respecto, FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>19</sup> hace una descripción de los factores constitutivos de este fenómeno jurídico, delineados por la doctrina prevaleciente:
  - a) En primer término, nos hallamos frente a un determinado y preciso derecho subjetivo y a su consiguiente ejercicio o a su omisión. Es decir, partimos de la base de la preexistencia de una norma jurídica que reconoce, en favor de su titular, un derecho subjetivo o, mejor aún, de una situación activa o de poder. (...)
  - b) En segundo lugar, cabe verificar que el título o agente del derecho subjetivo, en el curso de su ejercicio o de su omisión, entra en conflicto con un interés ajeno no tutelado por una norma jurídica específica. Es decir, de un interés no incorporado al ordenamiento positivo como típico derecho subjetivo.



<sup>19</sup> Fernández Sessarego, Carlos – “Abuso del derecho”. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año: 1992, págs. 166-170

- c) En tercer lugar, apreciamos que el derecho subjetivo es ejercido por el agente de modo irregular. Dicha actuación se constituye como un acto antisocial o inmoral. El acto abusivo, por lo tanto, entra en conflicto con las normas generales de convivencia social, a las que refiere el art. 72 de la Constitución Política del Perú, normas de raíz moral, como es el caso de la buena fe o el de las denominadas buenas costumbres. El acto abusivo, por ello, repugna a la conciencia jurídica colectiva. (...).
- d) En cuarto lugar, se constata que la conducta antisocial del titular de un derecho subjetivo produce un daño a un interés ajeno. Es decir, lesión, perjuicio o algún tipo de menoscabo real en lo que concierne a los intereses vinculados con el patrimonio de una persona. (...).
- e) En quinto término, observamos que, en ciertos ordenamientos jurídicos positivos, existe un concreto principio general o cláusula general del derecho que acoge el genérico deber jurídico de no abusar de un derecho subjetivo. (...).
7. Conforme al citado marco conceptual, es de observar que la pretensión del demandante no reúne los elementos de trabajo necesarios para evaluar un escenario de ejercicio abusivo de un derecho. En primer término, la figura jurídica que sustenta la reclamación de pago del demandante, involucraría la identificación de un derecho subjetivo del cual el demandado sería titular, reconocido debidamente en una norma jurídica. En el presente caso, la base de la pretensión es, en el fondo, la alegación de un deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales del Supervisor, quien habría actuado negligentemente en la labor de cuantificación de la Ampliación de Plazo N° 7, para efectos de la emisión de su opinión no vinculante.
8. De lo anterior se deriva que, en términos conceptuales, el primer requisito para la configuración de una situación de abuso de derecho no tiene lugar

en el presente proceso, pues el demandante no ha ilustrado qué tipo de derecho subjetivo sería aquel cuyo ejercicio abusivo denuncia.

9. Sin perjuicio de lo anterior, es relevante reiterar que este Tribunal es incompetente para pronunciarse sobre qué cuantificación correspondió efectuar para la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato de Obra, que derivó en la aprobación de la ampliación de plazo N° 5 del Contrato de Supervisión y del Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3. Ello significa que incluso otros elementos del abuso de derecho, tales como la producción de un daño a un interés ajeno, no pueden ser sometidos a conocimiento de este Colegiado, lo que confirma la improcedencia de la presente pretensión.
10. Por las razones expuestas, este Tribunal estima que la alegación de un ejercicio abusivo del derecho por parte del CONSORCIO, y la conexa solicitud de restitución de S/. 1'125,699.68, incluido IGV, , deberá ser declarada infundada.

#### **XI.IV Respecto a la Cuarta Pretensión de la Demanda Arbitral**

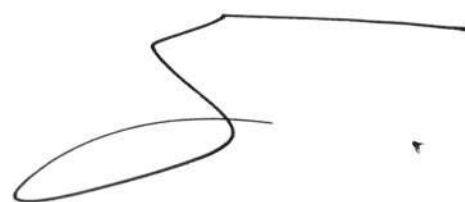
Respecto a la cuarta pretensión de la demanda, se establecieron los siguientes puntos controvertidos:



*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que constituye un enriquecimiento indebido en contra de PROVÍAS NACIONAL el que se haya reconocido a favor de EL CONSORCIO los 116 días de servicio en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 3."*



*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal arbitral ordene que EL CONSORCIO proceda a devolver a favor de PROVÍAS NACIONAL la suma de S/.1'125,699.68, incluido IGV."*



1. En su cuarta pretensión, PROVÍAS NACIONAL solicita que el Tribunal Arbitral declare que constituye un enriquecimiento indebido en su contra el hecho de haberse reconocido a favor del CONSORCIO los 116 días de servicios en exceso otorgado en el Presupuesto Adicional de Supervisión N° 03; y, en consecuencia, solicita que se proceda a devolver a su favor la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV.
2. De modo similar a lo expuesto en el análisis de la tercera pretensión, este Tribunal debe señalar que el contenido de la presente pretensión plantea el mismo monto reivindicado por la Entidad en la segunda y tercera pretensión de la demanda, aunque en este caso la solicitud se fundamenta en un alegado escenario de enriquecimiento indebido. Así, pues, resulta lógico determinar que la presente pretensión se encuentra subordinada a la segunda y tercera, es decir, que su conocimiento queda sujeto a la eventualidad de que las anteriores hayan sido desestimadas, lo que se ha verificado en el presente caso.
3. Con el propósito de emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido, este Tribunal estima necesario realizar una breve exposición sobre el marco teórico aplicable a la figura del enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa, a efectos de determinar si corresponde ser reconocida la restitución solicitada por el demandante por este concepto.
4. Si bien existen diversidad de corrientes y criterios sobre el enriquecimiento sin causa, un gran sector de la doctrina moderna, en opinión que compartimos, reconoce que en esencia estamos frente a un principio general del Derecho:  
"(...) El enriquecimiento injusto es un principio general prohibitivo de nuestro ordenamiento jurídico que responde a la idea de impedir que determinadas personas obtengan beneficios a expensas de otras sin causa o razón que lo justifique."<sup>20</sup> (Énfasis agregado).

<sup>20</sup> MENDEZ TOMÁS, Rosa. El enriquecimiento injusto. Citada por PUIG BRUTAU, José, en: Fundamentos del Derecho Civil. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1996.

5. En esta misma línea, Díez-Picazo<sup>21</sup> señala que:

"(...) uno de los principios que inspiran el Derecho civil patrimonial consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. (...). Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución." (Énfasis agregado).

6. Así, el "enriquecimiento sin causa", "enriquecimiento indebido", "enriquecimiento injusto" o "enriquecimiento torticero", resumido en "el daño de un acervo y el correlativo aumento de otro" se presenta cuando una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para lograr el restablecimiento de su equilibrio económico.
7. En el caso peruano, el Código Civil regula el enriquecimiento sin causa en los artículos 1954 y 1955, ubicándolo como una fuente de obligaciones en una sección distinta a los contratos y con un criterio de subsidiariedad; sin embargo, se puede apreciar que el enriquecimiento sin causa, al ser un principio, se aplica inclusive dentro del campo de los contratos.
8. Siendo así las cosas, el Tribunal Arbitral se ocupará a continuación de los requisitos el enriquecimiento sin causa:

**a) Enriquecimiento del demandado.**

<sup>21</sup> DIEZ-PICAZO Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, p. 89 y 90.

Éste se presenta cuando el enriquecido ha obtenido cualquier tipo de ventaja o utilidad, sin que medie causa alguna para ello. Respecto de este primer requisito, se afirma en la Exposición de Motivos del Código Civil<sup>22</sup> que:

“Debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente —como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente— como el ahorro de un gasto inminente y de ‘otro modo inevitable’. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial, sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio.” (El subrayado es nuestro).

Este razonamiento se encuentra en la base de la distinción que la doctrina ha efectuado al diferenciar el enriquecimiento positivo del enriquecimiento negativo. Debe tenerse en cuenta que el carácter patrimonial del enriquecimiento sin causa está directamente vinculado con el hecho de que el patrimonio del enriquecido se ve beneficiado, ya sea positiva o negativamente.

Este beneficio no debe entenderse como un beneficio “en dinero”, sino como un beneficio patrimonial de cualquier índole, susceptible de valoración pecuniaria, de tal modo que cualquier ahorro en el patrimonio del enriquecido configura también un supuesto de enriquecimiento.

#### **b) El empobrecimiento del demandante**

El Código Civil señala expresamente que el enriquecimiento debe haberse producido a “expensas” de otro. Por lo tanto, el enriquecimiento se traduce en una ventaja patrimonial del enriquecido a costa del empobrecido.

<sup>22</sup> ARIAS SCHIREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debaquey. Lima. 1985. Pág. 775

Desde esta perspectiva, el empobrecimiento fruto de un enriquecimiento positivo o negativo, es susceptible de ser apreciado en valor y puede consistir en la incorporación de un pasivo en el patrimonio del empobrecido, en la salida de un valor del patrimonio del empobrecido o en la falta del ingreso a su patrimonio de un valor que correspondía que le ingresara.

**c) Nexos de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido**

Es necesaria la existencia de una relación, que puede ser directa o indirecta, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. El enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos son, cada uno de ellos, causa y razón de ser de la existencia del otro. Por tanto, la ventaja del enriquecido deriva de la desventaja del empobrecido.

Como se sostiene en la Exposición de Motivos del Código Civil, esto quiere decir que<sup>23</sup>:

“Debe existir una unidad de origen en el sentido que una sola y misma circunstancia debe haber producido por un lado el enriquecimiento y por el otro el detrimento patrimonial.”


Ha expresado Díez-Picazo que puede existir, en primer lugar, una relación directa entre ambos fenómenos cuando el demandado se ha aprovechado directamente del patrimonio del demandante; o una relación indirecta, cuando el empobrecimiento del demandante ha dado lugar al enriquecimiento del demandado, pero a través del patrimonio de un tercero.

**d) Falta de causa justificada del enriquecimiento**

<sup>23</sup> REVOREDO, Delia. OB. Cit. Pág. 777.



Para que un desplazamiento patrimonial pueda considerarse lícito, requiere de una causa que lo justifique. Por ello, han expresado Pizarro y Vallespinos<sup>24</sup> que:

*"Cuando una atribución de carácter patrimonial se opera sin estar fundada en una justa causa, quien se enriquece debe restituir al empobrecido el valor de dicho enriquecimiento". (El subrayado es nuestro).*

Así, se requiere que el enriquecimiento sea "indebido", es decir, injustificado, por lo que no debe existir razón alguna para que se haya producido. La pretensión de enriquecimiento no nace por el solo hecho de que uno se enriquezca a costa de otro, sino que es menester que falte una justa causa en la que se funde dicho enriquecimiento.

Esto sucede cuando no existe una relación jurídica que sea causa del enriquecimiento; cuando habiendo existido la relación, el enriquecimiento que se ha producido no es una consecuencia natural de dicha relación; o cuando la causa inicial de la atribución patrimonial desapareció con posterioridad, quedando el acto incausado.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se afirma que la ausencia de causa se presenta:

*"(...) en sentido de falta de título o razón de ser del enriquecimiento del enriquecido y del correlativo empobrecimiento del empobrecido." (El subrayado es nuestro).*

Sobre el particular, ha sostenido De la Cámara<sup>25</sup> que:

<sup>24</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo I. Concepto de obligación. Elementos. Clasificaciones. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. Pág. 167.

<sup>25</sup> DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. Enriquecimiento injusto y sin causa. En: Dos Estudios (...). Ob. Cit. Pág. 170. Téngase presente que el autor considera como causa eficiente "al



“En el enriquecimiento sin causa, por consiguiente, la función de la causa, en cuanto elemento que justifica la acción restitutoria, hay que enfocarla desde una perspectiva negativa. Hay enriquecimiento sin causa justamente cuando la causa falta, y causa es, como he dicho, la causa eficiente.” (El subrayado es nuestro).

Para que pueda ampararse una acción de esta naturaleza debemos estar, por tanto, frente a una falta de causa justa respecto de la atribución en el patrimonio del enriquecido.

### ***El enriquecimiento sin causa en el presente caso***

9. Del análisis que se ha hecho a lo largo de este laudo se aprecia la concurrencia de los siguientes requisitos del enriquecimiento sin causa: (i) Se produjo un enriquecimiento del CONSORCIO, toda vez que se realizaron prestaciones en favor de éste, dadas por el pago proveniente del Presupuesto adicional N° 3; (ii) El empobrecimiento de la Entidad, que efectuó el pago correspondiente en favor del CONSORCIO; y (iii) el nexo de causalidad entre la ventaja del enriquecido y el perjuicio del empobrecido, por cuanto el mencionado desplazamiento económico es la causa común de la ventaja patrimonial obtenida por el CONSORCIO y el empobrecimiento de la Entidad.
10. Sin embargo, este Tribunal aprecia que la razón de ser del enriquecimiento en el presente proceso se encuentra plenamente acreditada mediante los documentos que dan cuenta de los actos contractuales emitidos por la Entidad; es decir, el título sobre el que se basó el desplazamiento a favor del CONSORCIO existe y goza de total validez. Dicho título, en el caso que nos ocupa, se encuentra dado por el Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión de Obra, aprobado por S/.

supuesto de hecho al que el Derecho objetivo vincula el efecto jurídico en que el enriquecimiento consiste” (Pág. 168).

1'961,931.94, mediante Resolución Directoral N° 699-2012-MTC/20, de fecha 17 de septiembre de 2012, el que a su vez deriva de la aprobación, por parte de la Entidad, de la Ampliación de Plazo N° 7 del Contrato "Mejoramiento y Rehabilitación Carretera Chongoyape – Cochabamba – Cajamarca, Tramo: Llama – Cochabamba, por Resolución Viceministerial N° 551-2012-MTC/02, de fecha 22 de junio de 2012, por 181 días calendario de los 400 días solicitados por el Contratista.

11. Las resoluciones mencionadas constituyen actos cuyo efecto sobre los contratos involucrados, es decir, el contrato de Supervisión y el Contrato de Obra, constituye la modificación de los términos relativos al plazo y la contraprestación. Así, la aprobación del Presupuesto Adicional N° 03 de Supervisión genera una obligación pecuniaria en el marco del Contrato de Supervisión. En esa medida, el monto materia de reclamación, ascendente a la suma de S/. 1'125,699.68, incluido IGV, ha sido pagado válidamente y se respalda en título suficiente, cuyos términos, valga reiterarlo, no pueden ser cuestionados en el presente proceso.
12. Por tanto, concluye este Tribunal indicado que, al no configurarse la totalidad de los elementos del enriquecimiento sin causa, la presente pretensión deviene en infundada.

#### **XI.V Respecto la determinación de las costas y costos del proceso.**

Con relación al pago de costas y costos del proceso, se fijó el siguiente punto controvertido:

*"Determinar la asunción entre las partes de las costas y costos arbitrales"*

1. Respecto a la distribución de los costos del proceso, el Tribunal Arbitral debe indicar lo referido en la norma especializada sobre arbitraje. En relación a ello, el numeral 1) del artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, 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.

2. En la Cláusula Especial Segunda del Contrato de Supervisión de Obra N° 172-2010-MTC/20, no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia y conforme al resultado del proceso.
3. Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral; además del hecho de ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que ambas partes asuman cada una el cincuenta por ciento (50%) de los costos arbitrales, conformados por los honorarios arbitrales y los gastos administrativos del centro; y que cada una de las partes asuma sus propios gastos arbitrales.
4. En torno a los honorarios arbitrales, se debe tener en cuenta la siguiente liquidación:

**Anticipo de honorarios<sup>26</sup>**Honorarios del Tribunal Arbitral:<sup>27</sup>

S/ 32,130.30

Gastos administrativos:

S/ 9,500.00

<sup>26</sup> Según Acta de Instalación de fecha 8 de junio de 2015.<sup>27</sup> Según Acta de Instalación de fecha 8 de junio de 2015.

Dicho anticipo fue asumido en proporciones iguales.

## **XII. De la decisión**

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con los artículos 49 y 50 de la Ley de Arbitraje y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

### **LAUDA:**

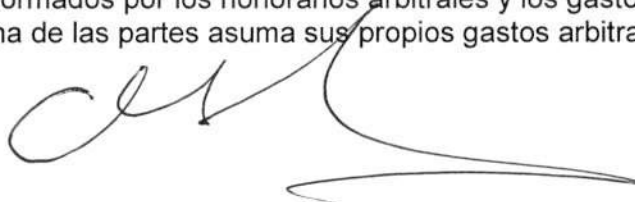
**PRIMERO.-** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la Demanda de fecha 7 de julio de 2015 de PROVÍAS NACIONAL.

**SEGUNDO.-** Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la Demanda de fecha 7 de julio de 2015 de PROVÍAS NACIONAL.

**TERCERO.-** Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión de la Demanda de fecha 7 de julio de 2015 de PROVÍAS NACIONAL.

**CUARTO.-** Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión de la Demanda de fecha 7 de julio de 2015 de PROVÍAS NACIONAL.

**QUINTO.-** Disponer que ambas partes asuman cada una el cincuenta por ciento (50%) de los costos arbitrales conformados por los honorarios arbitrales y los gastos administrativos del centro; y que cada una de las partes asuma sus propios gastos arbitrales.



Oswaldo Hundskopf Exebio  
Presidente del Tribunal Arbitral



Mario Castillo Freyre  
Árbitro



Eduardo Solís Tafur  
Árbitro