

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
Relativas a Inversiones**

ELSAMEX S.A.

("Elsamex")

DEMANDANTE

c.

REPÚBLICA DE HONDURAS

("Honduras")

DEMANDADA

Caso CIADI No. ARB/09/4

LAUDO

Ante el Árbitro Único:

Dr. Enrique Gómez Pinzón

Secretaria del Tribunal:

Sra. Mercedes Cordido-Freytes Kurowski

Fecha de envío a las partes: 16 de noviembre de 2012

Índice

SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	8
I. LOS HECHOS	14
A. LAS PARTES.....	14
1. <i>La Demandante</i>	14
2. <i>La Demandada</i>	14
B. LA CARRETERA TEGUCIGALPA-DANLÍ	14
C. EL MARCO HISTÓRICO:	15
1. <i>El Huracán Mitch</i>	15
2. <i>Asistencia Financiera</i>	16
D. MARCO JURÍDICO	16
1. <i>Internacional</i>	16
1.1. Programas de Cooperación y Convenios de Crédito suscritos con el Reino de España.....	16
1.2. Crédito BID 1748/SF – HO	17
2. <i>Ley de Contratación del Estado (Decreto No. 74-2001) y Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (Acuerdo Ejecutivo No. 055-2002)</i>	17
E. EL PROCESO DE LICITACIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA Y LA FINANCIACIÓN OTORGADA POR EL REINO DE ESPAÑA.....	17
1. <i>Entidades de la Administración involucradas en el proceso de licitación y la ejecución del Contrato</i>	18
2. <i>Licitación y adjudicación del Contrato</i>	18
F. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS CONTRATOS	20
G. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS, FALLAS EN EL DISEÑO, INSUFICIENCIA DE FONDOS Y MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	22
H. TERMINACIÓN DE LA OBRA, DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES, INTENTO FALLIDO DE CONCILIACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	30
I. ESTADO ACTUAL DE LA CARRETERA.....	39
II. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO	40
A. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO	40
B. EL PROCEDIMIENTO ESCRITO PREVIO A LA AUDIENCIA.....	42
C. LA AUDIENCIA	47
D. PROCEDIMIENTO ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA.....	48
III. LA POSICIÓN DE LAS PARTES.....	48
A. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO.....	48
1. <i>Posición de Elsamex</i>	48
1.1. Reclamaciones de Elsamex derivadas de las imputaciones de Inocsa y actuaciones consecuentes de SOPTRAVI por la indebida calidad y terminación del Proyecto (Reclamaciones No. 4 y 5 de la Demanda).....	48
1.2. Otras reclamaciones de Elsamex (Reclamaciones No. 1, 2 y 3 de la Demanda).....	49
1.3. Reparación pretendida por Elsamex.....	50
1.3.1. Pretensiones Declarativas de Elsamex.....	50
1.3.2. Pretensiones de Condena de Elsamex.....	51
1.3.3. Pretensiones Relativas a la Contra-Demanda.....	52
2. <i>Posición de Honduras</i>	52
2.1. Fundamentos para rechazar las reclamaciones presentadas por Elsamex relacionadas con la fase de finalización del Proyecto (Reclamaciones No. 4 y 5 de la Demanda).....	52
2.2. Fundamentos para rechazar las demás reclamaciones presentadas por Elsamex (Reclamaciones No. 1, 2 y 3 de la Demanda).....	53
2.3. Reparación pretendida por Honduras.....	54
2.3.1. Pretensiones sobre Jurisdicción.....	54
2.3.2. Pretensiones Declarativas y en Condena.....	54
B. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	54

1.	Honduras	55
2.	Elsamex	55
IV.	ANÁLISIS	55
A.	JURISDICCIÓN	55
1.	<i>Admisibilidad de las Excepciones Adicionales a la Jurisdicción Propuestas por Honduras</i>	55
2.	<i>Definición de la Cuestión</i>	57
3.	<i>El consentimiento como base para el acceso a la jurisdicción del CIADI</i>	58
3.1.	Posición de las Partes	58
3.1.1.	Honduras	58
3.1.2.	Elsamex	59
3.2.	Determinación del Árbitro Único	59
4.	<i>El Concepto de "Inversión" Según el Artículo 25 del Convenio</i>	63
4.1.	Posición de las Partes	63
4.1.1.	Honduras	63
4.1.2.	Elsamex	64
4.2.	Determinación del Árbitro Único	66
5.	<i>Jurisdicción del Centro sobre las Garantías Bancarias</i>	74
5.1.	Posición de las Partes	74
5.1.1.	Honduras	74
5.1.2.	Elsamex	74
5.2.	Determinación del Árbitro Único	75
B.	ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	76
1.	<i>Posición de las Partes</i>	76
1.1.	Honduras	76
1.2.	Elsamex	77
2.	<i>Decisión del Árbitro Único</i>	78
C.	DERECHO APLICABLE	79
1.	<i>Posición de las Partes</i>	79
1.1.	Elsamex	79
1.2.	Honduras	79
2.	<i>Decisión del Árbitro Único</i>	80
D.	CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSI A	82
1.	<i>Reclamaciones relacionadas con la fase de Finalización del Proyecto</i>	82
1.1.	Fallas de la Carretera, causas y responsabilidad de las Partes	83
1.1.1.	Objeciones a la admisibilidad y a la credibilidad de las presentaciones e informes de los peritos ⁸³	83
1.1.1.1.	Posición de Honduras	83
1.1.1.2.	Posición de Elsamex	84
1.1.1.3.	Consideraciones del Árbitro Único	84
1.1.2.	Responsabilidad, naturaleza legal y contractual frente a las fallas de la Carretera	86
1.1.2.1.	Posición de Honduras	86
1.1.2.2.	Posición de Elsamex	88
1.1.2.3.	Consideraciones del Árbitro Único	90
1.1.3.	Causas técnicas y fácticas de los problemas de la Carretera	94
1.1.3.1.	Problemas en la estructura del pavimento	94
a)	Posición de Honduras	94
b)	Posición de Elsamex	95
c)	Consideraciones del Árbitro Único	96
i.	<i>¿Se quemó el betún o se recalentó la mezcla?</i>	96
ii.	<i>¿Es excesivamente rígido el concreto asfáltico colocado o demasiado elevado el parámetro de Estabilidad Marshall utilizado?</i>	100
iii.	<i>¿Están separadas las capas asfálticas como resultado de una defectuosa ejecución del riego de liga?</i>	104
iv.	<i>¿Hay falta de adhesión agregado-asfalto por presencia de cuarzo en el material? ¿Afectaron las partículas blancas de cuarzo en el concreto su resistencia al agua? ¿Es el concreto muy sensible al agua?</i>	106
1.1.3.2.	Reducción de espesores en capas granulares antiguas y base estabilizada con bajo contenido de emulsión	108

a)	Posición de Honduras	108
b)	Posición de Elsamex	108
c)	Consideraciones del Árbitro Único	110
1.1.3.3.	Problemas de diseño, indefinición y falta de recursos	110
1.	Posición de Elsamex	110
2.	Posición de Honduras	111
3.	Consideraciones del Árbitro Único	111
i.	<i>¿Afectaron los problemas generales de indefinición del diseño y escasez de recursos el adecuado desarrollo del Proyecto?</i>	112
•	Problemas en el tramo urbano inicial (los primeros 5 kilómetros de la vía)	114
•	Tramos con fallas geológicas	116
•	Tramo de Montaña	116
•	Valle del Zamorano	116
ii.	<i>¿Fue la inestabilidad geológica un factor contribuyente en la formación de grietas y piel tipo cocodrilo en la Carretera? ¿Fue inadecuado el tratamiento que se le dio a las fallas geológicas desde la perspectiva de diseño del Proyecto?</i>	116
1.	Posición de Elsamex	116
2.	Posición de Honduras	117
3.	Consideraciones del Árbitro Único	117
•	KM 6+500 (zona del motel):	118
•	KM 8+700:	118
•	KM 14+600:	118
•	KM 16+300:	118
iii.	<i>¿Resultó insuficiente el drenaje y subdrenaje contemplado en la obra, ocasionando las fallas actuales de la Carretera?</i>	119
1.	Posición de Elsamex	119
2.	Posición de Honduras	121
3.	Consideraciones del Árbitro Único	122
•	Obligaciones de revisión del diseño a cargo de Elsamex	123
•	Elsamex no incumplió el Contrato en relación con la ejecución de las obras de subdrenaje	125
iv.	<i>¿Era débil la subrasante? ¿Debió preverse un diseño que atendiera esta circunstancia?</i>	132
1.	Posición de Honduras	132
2.	Posición de Elsamex	132
3.	Consideraciones del Árbitro Único	134
1.1.3.4.	Mantenimiento del derecho de vía, alcantarillas y cunetas	135
i.	<i>¿Cuál era la responsabilidad contractual de Elsamex en materia de limpieza del derecho de vía, alcantarillas, cunetas y drenajes durante de las obras? ¿Incumplió Elsamex dicha obligación?</i>	135
ii.	<i>¿Cuál era la responsabilidad contractual de las Partes en materia de limpieza del derecho de vía, alcantarillas, cunetas y drenajes (luego de terminadas las obras o expirado el contrato)? ¿Qué efectos tuvo el indebido mantenimiento luego de expirado el Contrato sobre las fallas de la Carretera?</i>	144
1.	Posición de Elsamex	144
2.	Posición de Honduras	145
3.	Consideraciones del Árbitro Único	145
1.1.4.	Conclusiones sobre la naturaleza de las fallas de la Carretera y el costo estimado de su reparación	146
a)	Posición de Honduras	146
b)	Posición de Elsamex	148
c)	Consideraciones del Árbitro Único	150
1.2.	Terminación de las Obras y negativa de Honduras a recibir las mismas formalmente	152
1.2.1.	Posición General de las Partes	152
a)	Elsamex	152
b)	Honduras	153
1.2.2.	Consideraciones Específicas sobre la Cuestión	153
1.2.2.1.	<i>¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a tramitar y pagar la Est. No. 37?</i>	154
a)	Posición de Elsamex	154
b)	Posición de Honduras	154

c) Consideraciones del Árbitro Único.....	155
1.2.2.2. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a emitir el Certificado de Terminación de Obras? ¿Causó el retraso de la emisión del CTO perjuicios injustificados al Contratista que da lugar a compensación a favor de Elsamex?	158
a) Posición de Elsamex.....	158
b) Posición de Honduras.....	159
c) Consideraciones del Árbitro Único.....	160
1.2.2.3. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al ejecutar las Garantías?	165
a) Posición de Elsamex.....	165
b) Posición de Honduras.....	166
c) Consideraciones del Árbitro Único.....	167
i. ¿Fue indebida la ejecución de las Garantías de Fiel Cumplimiento?.....	170
ii. ¿Fue indebida la ejecución de las Garantías de Calidad?.....	172
iii. ¿Procedía el reajuste de las Garantías exigido por la Administración? ¿Hay lugar al reembolso de gastos por comisiones bancarias?.....	174
1.2.2.4. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a devolver las retenciones efectuadas a Elsamex?.....	177
a) Posición de Elsamex.....	177
b) Posición de Honduras.....	177
c) Consideraciones del Árbitro.....	177
2. Reclamaciones derivadas de otros incumplimientos contractuales.....	178
2.1. Reclamaciones derivadas de la implementación de la Cláusula 47 sobre "Revisión de Precios".....	179
2.1.1. Definición de la Cuestión.....	179
a) El valor del salario mínimo a ser aplicado para el índice Mo y la aplicación del índice de incremento anual del 10%.....	180
2.1.2. Posición de las Partes.....	180
2.1.3. Decisión del Árbitro Único.....	181
b) Retroactividad en el Reconocimiento de Mayores Costos en las Estimaciones 1 a 12.....	186
2.1.4. Posición de las Partes.....	186
2.1.5. Decisión del Árbitro Único.....	187
c) Reconocimiento de mayores costos en los trabajos de Administración Delegada.....	191
2.1.6. Posición de las Partes.....	191
2.1.7. Decisión del Árbitro Único.....	192
d) Aplicación de la fórmula de reajuste de precios a los materiales pétreos.....	195
2.1.8. Posición de las Partes.....	195
2.1.9. Decisión del Árbitro Único.....	196
2.2. Partidas impagadas o trabajos pagados a precios distintos de los previstos en el Contrato.....	199
2.2.1. Definición de la Cuestión.....	199
2.2.2. Obligación de pago por trabajos adicionales de rehabilitación de hombros.....	200
2.2.2.1. Posición de las Partes.....	200
a) Elsamex.....	200
b) Honduras.....	201
2.2.2.2. Decisión del Árbitro Único.....	201
2.2.3. Obligación de pago por trabajos adicionales de relleno con materiales de excavación.....	203
2.2.3.1. Posición de las Partes.....	203
a) Elsamex.....	203
b) Honduras.....	203
2.2.3.2. Decisión del Árbitro Único.....	203
2.2.4. Obligación de pago por trabajos adicionales de excavación común, sub-base y base triturada.....	204
2.2.4.1. Posición de las Partes.....	204
a) Elsamex.....	204
b) Honduras.....	204
2.2.4.2. Decisión del Árbitro Único.....	205
2.2.5. Obligación de pago por trabajos adicionales de prenivelación mediante la aplicación de concreto asfáltico.....	206
2.2.5.1. Posición de las Partes.....	206
a) Elsamex.....	206

b) Honduras	206
2.2.5.2. Decisión del Árbitro Único	207
2.2.6. Obligación de pago por trabajos adicionales de reparación en la falla del Km. 16	208
2.2.6.1. Posición de las Partes	208
a) Elsamex	208
b) Honduras	209
2.2.6.2. Decisión del Árbitro Único	209
2.2.7. ¿Fueron injustificadas las deducciones a la Estimación No. 32 y siguientes? ¿Hay lugar a intereses de mora por el pago tardío de las Estimaciones 34 y 35?	210
2.2.7.1. Posición de las Partes	210
a) Elsamex	210
b) Honduras	210
2.2.7.2. Decisión del Árbitro Único	211
2.3. Obligación de pago por trabajos extraordinarios	214
2.3.1. ¿Incurrió Honduras en un incumplimiento contractual o violó la Ley al no pagar los trabajos extraordinarios de reparación de la falla del km. 16 (zonas inestables) ejecutados por Elsamex?	214
2.3.1.1. Definición de la Cuestión	214
2.3.1.2. Posición de las Partes	215
a) Elsamex	215
b) Honduras	217
2.3.1.3. Consideraciones del Árbitro Único	218
2.3.2. ¿Incurrió Honduras en un incumplimiento contractual o violó la Ley al no pagar los gastos de geomalla en los que incurrió Elsamex?	220
2.3.2.1. Definición de la Cuestión	220
2.3.2.2. Posición de las Partes	220
a) Elsamex	220
b) Honduras	221
2.3.2.3. Consideraciones del Árbitro Único	221
2.4. Daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones del propietario	225
2.4.1. Suspensiones y paralizaciones ordenadas por Inocsa y SOPTRAVI	225
2.4.1.1. Definición de la Cuestión	225
2.4.1.2. Posición de las Partes	226
a) Elsamex	226
b) Honduras	227
2.4.1.3. Decisión del Árbitro Único	228
a) ¿Debe resarcirse al Contratista por las Suspensiones Temporales de las Obras Ordenadas por la Administración?	228
b) ¿Continuaba vigente el Contrato a pesar de haber vencido el plazo contractual?	231
c) Monto de los daños y perjuicios por las suspensiones ordenadas por la Administración y Tiempo sin Contrato	236
2.4.2. Alteración del centro de gravedad de acarreo	237
2.4.2.1. Definición de la Cuestión	237
2.4.2.2. Posición de las Partes	238
a) Elsamex	238
b) Honduras	239
2.4.2.3. Consideraciones del Árbitro Único	239
E. INTERESES	240
1. <i>Procedencia del pago de Intereses y tasa de interés aplicable</i>	240
2. <i>Fechas relevantes y metodología para el cálculo de intereses</i>	242
3. <i>Interés Compuesto</i>	243
F. COSTAS	243
1. <i>Posición de las Partes</i>	243
1.1. Elsamex	243
1.2. Honduras	244
2. <i>Consideraciones del Árbitro Único</i>	244
2.1. Costes de abogados	244
2.2. Costes de peritos e informes técnicos	245
2.3. Costes de desplazamiento, manutención, estancia durante la celebración de la audiencia	245
2.4. Costes relativos al procedimiento ante el Centro	245
2.5. Otros costes asociados al proceso	247

2.6. Gastos indirectos, generales, financieros (15% costes directos)	247
V. REPARACIÓN.....	247

SIGLAS Y ABREVIATURAS

A	
AASHTO	American Association of State Highway and Transportation Officials (Asociación Americana de Funcionarios de Carretera). En general la notación AASHTO se refiere a las especificaciones o métodos de pruebas que estén en vigor cuando el Proyecto fue publicado, salvo que se haga referencia a una designación determinada.
Acuerdo de Avenimiento (AA)	Acuerdo de Avenimiento suscrito por las Partes el 28 de octubre de 2005 (Doc. 11, SdA)
Administración	El Gobierno de Honduras en general, y en particular, SOPTRAVI e Inocsa, cuando actúa en representación de SOPTRAVI para efectos del Contrato.
Anexo	Prueba documental Honduras
Art.	Artículo
ASTM	American Society For Testing and Materials (Sociedad Americana para Pruebas y Materiales).
Audiencia	La audiencia llevada a cabo para este proceso la última semana de junio de 2010.
APPRI	Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones el 18 de marzo de 1994 en Tegucigalpa, el cual entró en vigencia desde el 23 de mayo de 1996
B	
C	
Carretera	La Carretera Tegucigalpa-Danlí CA-6 objeto de la rehabilitación y pavimentación que dio origen a los Contratos
CICH	Colegio de Ingenieros Civiles de Honduras
CITO	Certificado de Incumplimiento de Terminaciones de Obras
Cláusula	Numeral o sección de las Condiciones del Contrato
Código Civil o CC	Código Civil de Honduras
Código Procesal Civil o CPC	Código Procesal Civil de Honduras
Cons.	Considerando
Contrato o Contratos	Referencia conjunta e indistinta al Contrato FAD y al Contrato Mitch para la rehabilitación de la Carretera cuando el asunto no amerita una distinción entre los dos contratos, independientemente de que la misma se haga en plural o en singular. Esta referencia incluye además todos los documentos contractuales listados en la Cláusula 2.3 de las Condiciones del Contrato a menos de que se haga una distinción o referencia exclusiva a uno de ellos: <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Contrato</i> 2. <i>Carta de aceptación</i> 3. <i>Documento de licitación</i> 4. <i>Oferta del Contratista</i> 5. <i>Datos del Contrato</i> 6. <i>Condiciones del Contrato</i> 7. <i>Especificaciones técnicas, especiales y generales</i> 8. <i>Planos</i> 9. <i>Lista de cantidades</i> 10. <i>Documentos de Precalificación entregados por el Contratista, y</i>

	11. <i>Todo otro documento que los Datos del Contrato indiquen que forma parte del Contrato.</i>
Contrato de Crédito Fondos FAD	Convenio de Crédito otorgado con las Facilidades Financieras provistas en el Programa de Cooperación Financiera Hispano Hondureño 1998-2000 con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo por valor original de USD\$12.572.169,40
Contrato de Crédito Fondos Mitch	Crédito de Reconstrucción y Transformación con cargo al FAD por valor original de USD\$6.200.000
Contrato FAD	Contrato para la rehabilitación de la Carretera financiado por fondos de Facilidades Financieras provistas en el Programa de Cooperación Financiera Hispano Hondureño 1998-2000 por valor original de USD\$12.572.169,40 (Doc.1,SdA)
Contrato Mitch	Contrato para la rehabilitación de la Carretera financiado por fondos Mitch (Crédito de Reconstrucción y Transformación) por valor original de USD\$6.200.000 (Doc. 1,SdA)
Contrato de Supervisión	Contrato de Supervisión para la rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí, CA-6, suscrito el 28 de abril de 2003 entre Inocsa y SOPTRAVI (Doc-163, MRFyCC)
CTO	Certificado de Terminación de las Obras
D	
Decisión de Jurisdicción	Decisión del Árbitro Único sobre las Excepciones a la Jurisdicción del 4 de junio de 2010
Decreto 29/90 o D.29/90	En diciembre de 1990, el gobierno aprobó mediante decreto ejecutivo No. 29 de 1990 un documento preparado por la Dirección General de Caminos "sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras".
Demanda de Reconvención o Reconvención	Es la Demanda de Reconvención que presentó Honduras junto con su Memorial de Contestación a la Demanda (Excepciones de Fondo) con objeciones adicionales a la jurisdicción el 3 de diciembre de 2010.
Dirección	La Dirección General de Carreteras es una entidad dentro de SOPTRAVI que es responsable de la programación, estudio, diseño y ejecución de las obras, carreteras y puentes con el propósito de promover el desarrollo comercial, industrial, agrícola y ganadero del país, encargándose también de la consecución de los recursos externos para los diversos proyectos, mediante la elaboración de los estudios de factibilidad económicos y técnicos que se requieran.
Doc.	Prueba documental Elsamex
Documento de Licitación	Documento de Licitación del 9 de agosto de 2002 (Elsamex, Doc. D-77, MD)
E	
Elsamex	Es la parte Demandante en este arbitraje y la parte Contratante en el Contrato
Elsamex, SdA	Es la Solicitud de Arbitraje presentada por Elsamex el 17 de marzo de 2009
Elsamex, MCEJ	Memorial de Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción presentado por Elsamex el 18 de diciembre de 2009
Elsamex, MD	Memorial de Demanda presentado por Elsamex el 2 de agosto de

	2010
Elsamex, MRFyCR	Memorial de Réplica sobre el Fondo y Contestación a la Contrademanda presentado por Elsamex el 18 de febrero de 2011
Elsamex, MDR	Memorial de Dúplica a la Reconvención y Excepciones presentado por Elsamex el 26 de mayo de 2011
Elsamex, Costas	Memorial de Costas presentado por Elsamex el 9 de septiembre de 2011
Elsamex, ACE	Alegato de Cierre presentado por Elsamex el 9 de septiembre de 2011
Especificaciones Técnicas o Especificaciones Especiales	Las especificaciones de las Obras incluidas en el Contrato, las especificaciones técnicas especiales dispuestas en la Sección 5 del Documento de Licitación, cualquier modificación o agregado hecho o aprobado por el Gerente de Obras y las demás que fueron pactadas con posterioridad a las Modificaciones del Contrato (Cláusula 1 del Contrato; Elsamex, Doc. D-77, MD; Honduras, Anexo 6, MCD)
F	
G	
Garantías de Anticipo	<p>Es el conjunto de las siguientes garantías (una por Contrato), de primer requerimiento y con cobertura hasta por un total de USD\$3,755,000 (es decir, el 20% del anticipo de la obra):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Garantía Bancaria No. 26-45 emitida inicialmente por Lloyds TSB e el 1 de octubre de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando el Contrato FAD. • Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-125 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 1 de octubre de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando el Contrato Mitch. <p>Ambas Garantías de Anticipo fueron aprobadas por SOPTRAVI el 10 de noviembre de 2004 y eran válidas hasta el 28 de febrero de 2007. (Demandada, Anexo 9-V, MCD).¹ Posteriormente estas Garantías de Anticipo fueron enmendadas el 8 de noviembre de 2006 y prolongadas únicamente por valor de USD\$372,000 y USD\$754,500 respectivamente, hasta el 30 de abril de 2007 por el Banco Cuscatlán (Demandada, Anexo 9-X, MCD).</p>
Garantía de Calidad	<ul style="list-style-type: none"> • Garantía bancaria irrevocable no. 1800007385, emitida el 29 de junio de 2007, por el Banco Atlántida, contra trabajos defectuosos a favor de SOPTRAVI y por cuenta de Elsamex, con cobertura de hasta USD\$938.608,47 (es decir, el 5% de la obra), y vigente hasta el 2 de julio de 2008. Esta Garantía de Calidad era ejecutable a requerimiento de SOPTRAVI con la presentación de la misma y un certificado de incumplimiento. La misma fue aprobada mediante resolución de SOPTRAVI el 28 de mayo de 2007. La Garantía de Calidad fue extendida

¹ El 5 de septiembre de 2006 SOPTRAVI solicitó a Elsamex nuevas garantías bancarias por anticipo sin condicionamiento debido a que el banco fue reduciendo mes a mes una cantidad fija predeterminada, asumiendo la supuesta ejecución de volúmenes de obra para cada periodo y ello no se ajusta a la realidad. De lo contrario, Elsamex, estaría incurriendo en un incumplimiento de lo estipulado en las Cláusulas 51.1 y 51.3 de los Contratos.

	<p>hasta el 30 de septiembre de 2008 por el Banco Atlántida en las mismas condiciones. La misma fue aprobada mediante resolución de SOPTRAVI el 6 de agosto de 2008. (Doc. 21, SdA; Anexo 9-EE, MCD).</p> <ul style="list-style-type: none"> Garantía bancaria irrevocable no. 6/1207/397, emitida el 20 de diciembre de 2007, por el Banco Cuscatlán, que garantiza el 5% de la buena calidad de la obra correspondiente a los montos de las Modificaciones 3 y 4 al Contrato con cobertura hasta por valor de USD\$95.498,84, y vigente desde el 3 de diciembre de 2007 al 3 de diciembre del 2008. La misma fue aprobada por SOPTRAVI mediante resolución el 28 de mayo de 2008. (Elsamex, Doc. D-152, MD).
Garantía(s) de Fiel Cumplimiento	<p>Es el conjunto de las siguientes garantías (una por Contrato), de primer requerimiento y con cobertura hasta por un total de USD\$2.816.000,00 (es decir, el 15% del fiel cumplimiento de la obra):</p> <ul style="list-style-type: none"> Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-44 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 28 de mayo de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando hasta USD\$1.866.000,00 el Contrato FAD. Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-126 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 28 de mayo de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando hasta USD\$930.000,00 del Contrato Mitch. <p>Ambas Garantías de Cumplimiento fueron aprobadas por SOPTRAVI el 10 de noviembre de 2004 y eran válidas hasta la emisión del Acta de Corrección de Defectos o, a más tardar el 30 de junio de 2008. Posteriormente estas garantías fueron modificadas y renovadas por el Banco Cuscatlán, y extendidas hasta por el mismo importe con vigencia al 30 de septiembre de 2008 en virtud de la Modificación No. 5, según consta en certificación de SOPTRAVI del 3 de julio de 2008. (Elsamex, Doc. 22, SdA)</p>
G y P	Geotecnia y Pavimentos S. de R. L. de C.V., cuyo Gerente General es el perito de Honduras Francisco Alvarado
H	
Honduras	Es la parte Demandada en este arbitraje y la parte Contratante en el Contrato.
Honduras, MEJ	Memorial de Contestación de Excepciones a la Jurisdicción presentado por Honduras el 11 de noviembre de 2009
Honduras, MCD	Memorial de Contestación a la Demanda (Excepciones de Fondo) con objeciones adicionales a la jurisdicción y Contra-demanda presentado por Honduras el 3 de diciembre de 2010
Honduras, MDFyRR	Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica a la Reconvención presentado por Honduras el 7 de abril de 2011
Honduras, MCH	Memorial de Conclusiones presentado por Honduras el 9 de septiembre de 2011
I	

Informes de GyP	El conjunto de los Informes de GyP I-IV
Informes Iniciales GyP	Informes Informe Técnico Ejecución de Ensayos de Capacidad de Soporte Carretera Tegucigalpa Danli, elaborado por Geotecnia y Pavimentos en Octubre y Noviembre del 2007 (Honduras, Anexo 5, MCD)
Informe GyP I	"Revisión de los Informes de SOPTRAVI, Elsamex e Inocsa, Carretera Tegucigalpa Danlí, Tramo Tegucigalpa-Ojo de Agua", presentado por GyP el 30 de noviembre de 2010 (Honduras, Anexo 10, MCD)
Informe de GyP II	"Informe técnico, Carretera Tegucigalpa Danlí, Tramo Tegucigalpa-Ojo de Agua" presentado por GyP el 30 de noviembre de 2010 (Anexo 10, MCD)
Informe de GyP III	Informe de "Presupuesto y Especificaciones" presentado por GyP el 25 de marzo de 2011 (Anexo 41, MDFyRR)
Informe de GyP IV	Informe de "Respuesta a las Consideraciones Técnicas en el Memorial de Demanda de la Procuraduría General de la República de Honduras" presentado por GyP el 6 de abril de 2011. (Anexo 42, MDFyRR)
Informes de GyP	El conjunto de los Informes de GyP I-IV
Informe Inicial Inocsa	Se refiere al informe de Inocsa del 8 de noviembre de 2004 (Doc. D-81, MD)
Informe Intevía I	Informe presentado por Intevía en noviembre de 2008 (Apéndice 26, MD)
Informe Intevía II	Informe presentado por Intevía el 1ero de julio de 2010 (Apéndice 27, MD)
Informe Intevía III	Informe presentado por Intevía en enero de 2011 (Apéndice 35, MRFyCR)
Informe Intevía IV	Informe presentado por Intevía en mayo de 2011 (Apéndice 44, MDR)
Informes Intevía	Los informes denominados Intevía I-IV
Informes Mensuales de Inocsa	Se refiere a cualquiera de los Informes Mensuales Correspondientes a los Meses de Diciembre de 2004 a Junio de 2008 del Proyecto de Rehabilitación y Pavimentación de la Carretera "Tegucigalpa - Danlí, Ca-6" (Anexos 9-A a 9-RR, MCD)
Informe Técnico de Inocsa	"Informe para SOPTRAVI sobre los problemas detectados en el pavimento de la Carretera Tegucigalpa Danlí" presentado por Inocsa en julio de 2008 (Anexo 7, MCD; Apéndice 27, Anexo 4, MD)
Informe Preliminar del Dr. Tejada	Informe del Ingeniero especialista en pavimentos y emulsiones contratado por Inocsa en Septiembre de 2007 para investigar las causas de los problemas detectados en la Carretera, enviado en octubre de 2007 (Apéndice 27, Anexo 11, MD).
Ing.	Ingeniero perito
Ingeniero (a solas)	El ingeniero designado por Inocsa para actuar en su nombre como Gerente de la Obra y Supervisor
Inspección	Inspección in situ de la Carretera llevada a cabo el 29 de junio de 2010
Intevía	CIESM-INTEVÍA, S.A.U., sociedad relacionada con Elsamex y para la cual trabaja el perito de la Demandante, el Ingeniero Aurelio Ruiz Rubio.

J	
K	
L	
LCE	Ley de Contratación del Estado de Honduras (Honduras, Anexo 34, MCD).
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras
M	
Modificación No. 1 (M1)	Modificación No. 1 a los Contratos suscrita el 19 de enero de 2006 e incorporada como Doc. 12 a la Solicitud de Arbitraje
Modificación No. 2 (M2)	Modificación No. 2 a los Contratos suscrita el 8 de marzo de 2007 e incorporada como Doc. 13 a la Solicitud de Arbitraje
Modificación No. 3 (M3)	Modificación No. 3 a los Contratos suscrita el 27 de junio de 2007 e incorporada como Doc. 14 a la Solicitud de Arbitraje
Modificación No. 4 (M4)	Modificación No. 4 a los Contratos suscrita el 5 de noviembre de 2007 e incorporada como Doc. 15 a la Solicitud de Arbitraje
Modificación No. 5 (M5)	Modificación No. 5 a los Contratos suscrita el 26 de febrero de 2008 e incorporada como Doc. 16 a la Solicitud de Arbitraje
N	
O	
P	
Proyecto	Es el diseño técnico y el conjunto de obras que componen los trabajos de rehabilitación de la Carretera según se encuentran contemplados en el Contrato
Q	
R	
Reportaje Fotográfico Elsamex	Reportaje fotográfico de la inspección in situ de la Carretera presentado el 5 de agosto de 2011 por Elsamex.
Reportaje Fotográfico Honduras	Reportaje fotográfico de la inspección in situ de la Carretera presentado el 5 de agosto de 2011 por Honduras.
RLCE	Reglamento de la Ley de Contratación del Estado de Honduras
S	
SMMLV	Salario Mínimo Mensual Legal Vigente
Secretaría	Sinónimo de SOPTRAVI
SOPTRAVI	La Secretaría de Obras Pública Transporte y Vivienda
Supervisor o Supervisión	Inocsa
T	
U	
Unidad Ejecutora	La denominada Unidad Ejecutora del Banco Mundial (UEBM-DGC) que depende directamente de la Dirección General de Carreteras, que a su vez depende de SOPTRAVI y es responsable de elaborar los documentos de licitación y selección, evaluación de ofertas económicas de acuerdo con las normas y procedimientos de selección y contratación de la Asociación Interamericana de Fomento. La Unidad Ejecutora elabora los contratos, modificaciones y da seguimiento respectivo a los trámites legales y administrativos, brinda un control y seguimiento del avance de calidad de las obras mediante visitas de campo y reuniones afines, relacionándose directamente con contratistas y consultores con el objetivo de que los trabajos se desarrollen según lo programado.

I. LOS HECHOS

1. Este capítulo resume los antecedentes principales de esta disputa. Para efectos de claridad y eficiencia, el Árbitro Único tratará el contexto fáctico en forma temática, desarrollando cada tema cronológicamente, en la medida de lo posible. Algunos hechos serán tratados en mayor detalle en el capítulo que se titula "Análisis" cuando éstos resulten relevantes.

A. LAS PARTES

1. La Demandante

2. La Demandante en este procedimiento arbitral es la sociedad anónima Elsamex S.A., constituida de conformidad con la legislación española, con domicilio social en la calle San Severo núm. 18, 28042, Madrid, España, registrada en el Registro Mercantil de Madrid, con C.I.F. núm. A28504728 (Hoja M-55153, Tomo 3241, Folio 15).
3. La Demandante ha estado representada en este arbitraje inicialmente por el Sr. Ignacio Magdalena, quien se retiró del procedimiento, y luego por el Sr. David J.A. Cairns, la Sra. Sonsoles Huerta de Soto, la Sra. Sandra Cajal Martín, la Sra. Alicia Martín Blanco, ésta última hasta el 8 de julio de 2011, y el Dr. Bernardo Cremades, quien participó únicamente en la primera sesión de la Audiencia, todos de la firma B. Cremades y Asociados.

2. La Demandada

4. La Demandada en este procedimiento arbitral es la República de Honduras.
5. La Demandada está representada en este arbitraje por la Dra. Ethel Suyapa Deras Enamorado, Procuradora General de la República, así como por el Sr. Nelson Gerardo Molina Flores y el Sr. Héctor Antonio Herrera Flores, Procuradores Judiciales del Estado de Honduras, Procuraduría General de la República, conjuntamente con el Sr. Juan C. Basombrio de la firma Dorsey and Whitney LLP.²

B. LA CARRETERA TEGUCIGALPA-DANLÍ

6. La Cordillera Centroamericana atraviesa la República de Honduras de noreste a sureste, dividiendo el país en dos grandes regiones, la oriental y la occidental, y creando una topografía sumamente montañosa y accidentada, con fuertes pendientes, y suelos poco profundos y recientes. Tegucigalpa, la ciudad capital de la República de Honduras, está ubicada en la zona oriental del país.

² Nótese que la Sra. Karen Morado ayudó al Sr. Basombrio en el proceso pero ella no fue incluida en el poder otorgado por la República de Honduras.

7. La Carretera Tegucigalpa-Danlí, con una longitud de 92.4 kilómetros y un ancho de superficie de rodadura de 7.30 metros, es una de las rutas que forman la red vial básica del país.³ Esta carretera se encuentra ubicada en la región centro-este de Honduras, y une a la capital con la zona oriental del país, comunicando de paso las comunidades de El Zamorano, Ojo de Agua y la Ciudad de Danlí (en los departamentos Francisco Morazán y El Paraíso) (Elsamex, ¶15, MD).
8. Adicionalmente, la Carretera Tegucigalpa-Danlí forma parte de la Carretera Panamericana conectando con la aduana de Las Manos (a 32 kilómetros de Danlí), Nicaragua. En el sistema de clasificación de vías terrestres acordado por los Gobiernos Centroamericanos, este tramo, de Tegucigalpa -Danlí, junto con los tramos Danlí - El Paraíso-Las Manos (frontera con Nicaragua) ha sido designado CA-6. La Carretera está localizada en zonas de topografía variada. El tramo inicial Tegucigalpa-El Zamorano transcurre por zona montañosa. Seguidamente la Carretera atraviesa el Valle del Zamorano, para nuevamente entrar en un tramo montañoso y ondulado entre El Zamorano y el Valle de Ojo de Agua. De ahí a Danlí, la vía cruza zonas de montaña en Netcapa, lomerío en Las Crucitas y valles en Jacaleapa y El Arenal. Las formaciones geológicas por las cuales cruza la carretera son diversas, emplazada en sitios con formación tipo Valle de los Ángeles, tobas volcánicas, materiales piroclásticos, suelos arenosos, etc. (Elsamex, Doc. D-77, página 145, MD).
9. La Carretera Tegucigalpa-Danlí CA-6 fue una de las múltiples carreteras afectadas por el Huracán Mitch. El Proyecto inicialmente cubría la rehabilitación de la vía completa hasta Danlí, pero el mismo fue reducido por modificaciones posteriores al Contrato a 50kms, los cuales sólo cubren desde Tegucigalpa hasta Ojo de Agua (Elsamex, MD, ¶15; Doc. D-13 a D-17, MD).

C. EL MARCO HISTÓRICO:

1. El Huracán Mitch

10. El Huracán Mitch se presentó en el noreste de Honduras a fines de octubre de 1998 y duró hasta comienzos de noviembre del mismo año, penetrando en el territorio hondureño y transformándose rápidamente en una tormenta tropical. Aun cuando las Partes no describen en detalle las consecuencias de este devastador huracán, las mismas son un

³ La construcción de la carretera de oriente a El Zamorano, Danlí, Yuscarán y Nicaragua comenzó entre los años 1929 y 1930 con el propósito de unir las ciudades de Tegucigalpa y Danlí y las demás poblaciones intermedias. En el año 1940 se terminó y se abrió al paso de vehículos, ya que por esa fecha se finalizaron los trabajos de construcción del puente de acero sobre el río Choluteca, en las inmediaciones de la población conocida como Ojo de Agua. En 1972 se inició la construcción de la Carretera bajo los requerimientos geométricos de alineación horizontal y vertical que actualmente tiene. El proceso de construcción y pavimentación finalizó durante el último trimestre de 1976. En los años 1986 y 1987 se colocó el sello asfáltico de la Carretera. En los años 1991-1993 se efectuaron trabajos de conservación y mantenimiento de la Carretera. (Elsamex, Doc. D. 188, pág. 7, MRFyCR).

hecho notorio de conocimiento público, ampliamente expuesto en la prensa local⁴ e internacional.⁵

11. Entre otras consecuencias, esta tormenta imprevisible produjo lluvias torrenciales que llevaron al desbordamiento masivo de los ríos y provocaron severas inundaciones en el país. Según las cifras publicadas por el gobierno de Honduras, se registraron alrededor de 1.500.000 damnificados, 5.657 muertos, 8.058 desaparecidos, 12.272 heridos y 285.000 personas perdieron sus viviendas y tuvieron que refugiarse en más de 1.375 albergues temporales. Igualmente, dichas cifras oficiales estiman que se afectó severamente el 60% de la infraestructura vial del país, quedando inutilizadas 107 carreteras y 424 caminos, destruyéndose 189 puentes y afectando a 81 ciudades.⁶

2. Asistencia Financiera

12. En ese contexto, Honduras estableció mecanismos de coordinación en todos los niveles, para conducir no sólo la fase de transición sino también el seguimiento de la implementación de los proyectos nacionales e internacionales.⁷ Entre éstos se destacan los acuerdos alcanzados entre la República de Honduras y el Reino de España a nivel de asistencia financiera.

D. MARCO JURÍDICO

1. Internacional

1.1. Programas de Cooperación y Convenios de Crédito suscritos con el Reino de España

13. El 13 de noviembre de 1998 el Consejo de Ministros de España emitió el "Acuerdo por el cual se aprueba el Plan de Medidas Urgentes de Ayuda a la República de Honduras para Paliar los Desastres Ocasionados por el Huracán Mitch", por medio del cual se concedió una línea de crédito de ayuda al Gobierno de la República de Honduras, con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo, hasta por cincuenta millones de dólares (US\$50.000.000) para financiar la reconstrucción preferentemente de infraestructuras, saneamiento y

⁴ A modo de ejemplo se puede observar en la publicación del Heraldo de octubre 20 de 2011 titulada "Honduras sigue arrastrando secuelas del huracán Mitch," disponible en: <http://archivo.elheraldo.hn/Ediciones/2011/10/20/Noticias/Honduras-sigue-arrastrando-secuelas-del-huracan-Mitch>"

⁵ A modo de ejemplo se puede observar una página web creada exclusivamente con fotos del desastre natural causado por el Huracán Mitch, incluyendo el desbordamiento de ríos y la destrucción de la infraestructura vial del país, disponible en: <http://www.hurricanemitch.com>

⁶ "Programa de Preparativos para Desastres, OPSIOMS, Serie Crónicas de Desastres, Huracán Mitch en Honduras 1998, Tegucigalpa M.D. C., Febrero de 1999" disponible en la página web de la Secretaría de Salud de la República de Honduras. Disponible en: http://www.sag.gob.hn/links/EDAN_MITCH_HONDURAS_SSP.pdf

⁷ La búsqueda de ayuda de los países centroamericanos manifestando una visión de futuro y una oportunidad única de reconstruir una mejor Centroamérica y promover su desarrollo, así como la respuesta de la comunidad internacional ante la catástrofe del Huracán Mitch, se vio reflejada, entre otras, en las reuniones del Grupo Consultivo para la Reconstrucción y Transformación de América Central que se llevaron a cabo en Washington, el 10 y 11 de diciembre de 1998, en la sede del Banco Interamericano de Desarrollo, y en Estocolmo, entre el 25 y el 28 de mayo de 1999, en la que se consolidó la "Declaración de Estocolmo" mediante la cual los miembros del G16 se comprometieron a ayudar a los países afectados por el Huracán Mitch (Elsamex, Anexo Jurídico 21, MRFyCR).

potabilización de aguas, sector eléctrico y de salud (Demandante, documento presentado a solicitud del Árbitro Único el 24 de febrero de 2010).

14. Paralelamente, el Ministerio de Economía de España instauró el "Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureño (1998-2000)" con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo, que más tarde fue complementado con el "Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureño (2003-2005)", igualmente con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo. Estos programas preveían un sistema de adjudicación de proyectos a financiar con créditos concesionales, con cargo a los programas, mediante licitación circunscrita a empresas españolas, pudiéndose acordar bajo circunstancias excepcionales, otras formas de adjudicación acordes con la legislación vigente en ambos países (Demandante, Doc. 1, SdA; documento presentado a solicitud del Árbitro Único el 24 de febrero de 2010).

1.2. Crédito BID 1748/SF – HO

15. Durante la ejecución del Proyecto, como consecuencia de modificaciones al diseño, los fondos previstos para la financiación del Proyecto resultaron insuficientes, por lo cual se obtuvieron Fondos del Programa de Reforma de Gestión Pública financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID 1748/SF-HO) para la Modificación No. 3 al Contrato FAD.

2. Ley de Contratación del Estado (Decreto No. 74-2001) y Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (Acuerdo Ejecutivo No. 055-2002)

16. En junio de 2001, Honduras dictó el Decreto No. 74 sobre la Ley de Contratación del Estado (LCE). Dicho decreto instauró el marco jurídico para los contratos de obra pública, suministro de bienes o servicios y de consultoría celebrados por cualquier organismo estatal financiado con fondos públicos. La LCE advierte que en la medida en que las disposiciones de un tratado o convenio internacional del que el Estado sea parte o de un convenio suscrito con organismos de financiamiento externo establezcan regulaciones diferentes, prevalecerán éstas últimas y, que en todos los demás aspectos en que no exista contradicción, la contratación se regirá por la LCE.
17. En mayo de 2002, Honduras dictó el Acuerdo Ejecutivo No. 055 mediante el cual se establece el "Reglamento de la Ley de Contratación del Estado" (RLCE).
18. Los Contratos objeto de este laudo ("Laudo") fueron objeto de adjudicaciones muy próximas respecto de la publicación y entrada en vigencia del nuevo sistema de Contratación del Estado en Honduras (la LCE y el RLCE).

E. EL PROCESO DE LICITACIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA REHABILITACIÓN DE LA CARRETERA Y LA FINANCIACIÓN OTORGADA POR EL REINO DE ESPAÑA

19. Como consecuencia del estado en el que se encontraba la Carretera CA-6 Tegucigalpa-Danlí después del Huracán Mitch y, teniendo en cuenta los convenios de asistencia suscritos con el Reino de España, Honduras decidió rehabilitar dicha Carretera y para el efecto se llevó a cabo el respectivo proceso de licitación.

1. Entidades de la Administración involucradas en el proceso de licitación y la ejecución del Contrato

20. Las principales entidades involucradas en el proceso de licitación, adjudicación y ejecución del Contrato de Rehabilitación de la Carretera por parte de la Administración fueron las siguientes:

a) SOPTRAVI:

21. La Secretaría de Obras Pública Transporte y Vivienda es la entidad gubernamental hondureña encargada de: (i) la formulación, coordinación, ejecución y evaluación de políticas relacionadas con la vivienda, las obras de infraestructura pública, el sistema vial, el urbanismo y el transporte; (ii) el régimen concesionario de obras públicas, incluyendo los procedimientos de adjudicación de concesiones la regulación de las actividades del concesionario de acuerdo con los contratos y las leyes sobre la materia, y la asesoría a las municipalidades que así lo requieran, cuando se trate de concesión de obras públicas municipales; y (iii) lo concerniente a los servicios geodésicos y cartográficos del Estado y los demás asuntos que disponga la legislación vigente.

a) La DGC o la Dirección:

22. La Dirección General de Carreteras es la entidad dentro de SOPTRAVI responsable de la programación, el estudio, el diseño y la ejecución de las obras, carreteras y puentes con el propósito de promover el desarrollo comercial, industrial, agrícola y ganadero de Honduras, encargándose también de la consecución de los recursos externos para los diversos proyectos, mediante la elaboración de los estudios de factibilidad económicos y técnicos que se requieran. Dentro de su organización, la Dirección dispone de 4 unidades ejecutoras, tres de ellas destinadas especialmente para la ejecución de proyectos de gran tamaño, financiados con fondos provenientes de diferentes convenios de préstamo suscritos por el gobierno de Honduras y las fuentes financieras internacionales BID, BCIE, Banco Mundial y la unidad coordinadora de fondos nacionales destinada a ejecutar proyectos carreteros de diferente índole y construcción de puentes.

c) Unidad Ejecutora:

23. La denominada Unidad Ejecutora del Banco Mundial es una unidad de la DGC dependiente de SOPTRAVI, y es responsable de elaborar los documentos de licitación y selección, evaluación de ofertas económicas de acuerdo con las normas y procedimientos de selección y contratación de la Asociación Interamericana de Fomento. La Unidad Ejecutora elabora los contratos, modificaciones y da el seguimiento respectivo a los trámites legales y administrativos, brinda un control y seguimiento del avance de calidad de las obras mediante visitas de campo y reuniones afines, relacionándose directamente con contratistas y consultores con el objetivo de que los trabajos se desarrollen según lo programado.

2. Licitación y adjudicación del Contrato

24. El primero de mayo de 1999, SOPTRAVI, a través de la DGC, inició el proceso de selección y ejecución del Proyecto. En la primera licitación que se llevó a cabo para el

Proyecto, que era por un monto menor al comprendido en el Contrato original, Elsamex también se presentó como postor, ofreciendo una cifra inferior a la contratada. Aquella licitación efectuada en octubre de 2001 fue declarada desierta. No hay evidencia en el expediente que esclarezca las razones técnicas por las cuales se adoptó dicha decisión.

25. SOPTRAVI abrió una segunda licitación para rehabilitar la Carretera. El Documento de Licitación correspondiente fue publicado el 9 de agosto de 2002, advirtiendo que el proceso estaba circunscrito a participantes de origen español e invitando a las seis firmas españolas previamente calificadas a presentar ofertas para la ejecución de las obras del proyecto denominado "Rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa "Danlí CA-6", de conformidad con lo establecido en el Programa de Cooperación suscrito con el Reino de España (Elsamex, Doc. D-77, MD).
26. Elsamex presentó su oferta el 17 de enero de 2003, por un monto de dieciocho millones setecientos setenta y dos mil ciento sesenta y nueve dólares con cuarenta centavos (USD\$18.772.169,40) (Elsamex, Doc. D-78, MD). Elsamex basó su oferta en la información facilitada por la Administración, ajustándose a los Pliegos de Condiciones, incluido el diseño técnico básico indicado en los planos y las especificaciones técnicas conforme lo exigían el Art. 47 de la LCE y la Cláusula 17.1 del Documento de Licitación.
27. El proceso de licitación concluyó con la adjudicación del Proyecto a Elsamex. Los recursos para financiar el Proyecto provendrían de dos programas de asistencia diferentes del Reino de España al Gobierno de Honduras. En consecuencia, el Proyecto fue dividido en dos contratos de obra suscritos por las Partes el 28 de abril de 2003, pero cuyas condiciones y cláusulas son sustancialmente idénticas, salvo en lo referente a ciertas consideraciones preliminares y al monto (Elsamex, ¶14, MD). Dado lo anterior, el Árbitro Único se referirá a dichos contratos indistintamente, tanto en singular como en plural ("los Contratos" o "el Contrato"), salvo en aquellos casos en que su distinción sea relevante.
28. Los Contratos estaban condicionados a la aprobación de los créditos correspondientes para su financiación (Elsamex, Doc. 1, Considerando, SdA). La legalización completa de los documentos contractuales y el convenio de préstamo correspondiente no se dio hasta agosto de 2004.
29. El 10 de junio de 2004, la Secretaría de Finanzas de la República de Honduras y el Instituto de Crédito Oficial de España suscribieron un "Convenio de Crédito", mediante el cual el Gobierno del Reino de España concedió un crédito al Gobierno de Honduras por un importe de hasta doce millones quinientos setenta y dos mil ciento sesenta y nueve dólares con cuarenta centavos (USD\$12.572.169,40) con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo ("Contrato de Crédito FAD"), en el marco del Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureño (1998-2000).⁸ El Contrato de Crédito FAD fue suscrito con carácter ligado al préstamo oficial español destinado a financiar específicamente la rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí CA-6, siendo ésta una de las múltiples carreteras afectadas por el Huracán Mitch.
30. En vista de que los fondos del Contrato de Crédito FAD no eran suficientes para financiar la rehabilitación de la Carretera, en los términos de la propuesta del contratista adjudicatario, el Gobierno de Honduras financió el monto restante del proyecto, es decir,

⁸ Honduras, documento presentado a solicitud del Árbitro Único el 5 de marzo de 2010.

seis millones doscientos mil dólares (US\$6.200.000), con cargo a los fondos provenientes del Crédito de Reconstrucción y Transformación solicitado por el Gobierno de Honduras al Gobierno de España ("Contrato de Crédito Fondos Mitch") (Demandante, Doc. 1, SdA).

31. En adelante, cuando haya lugar a la distinción entre los Contratos de rehabilitación, el Contrato de rehabilitación financiado con el Crédito Fondos FAD, se denominará "Contrato FAD" y el Contrato de rehabilitación financiado con el Crédito Fondos Mitch se denominará "Contrato Mitch". Tal como se mencionó en el ¶27 de este Laudo, cuando no haya lugar a la distinción, el Arbitro Único se referirá a dichos contratos indistintamente, tanto en singular como en plural ("los Contratos" o "el Contrato").

F. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS CONTRATOS

32. De acuerdo con los Contratos, Elsamex debía ejecutar la obra de rehabilitación y pavimentación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí CA-6 en un plazo de 26 meses calendario. El Proyecto inicialmente consistía en la rehabilitación de 92.5 kilómetros de Carretera, en la que se reciclarían 15 centímetros de carpeta existente que serviría de sub-base y posteriormente se colocarían 30 centímetros de base triturada. El costo original global del proyecto, incluyendo ejecución, terminación y corrección de defectos fue de dieciocho millones setecientos setenta y dos mil ciento sesenta y nueve dólares con cuarenta centavos (USD\$18.772.169,40).
33. Los Contratos fueron modificados en cinco ocasiones diferentes, lo cual implicó principalmente: (i) extender el plazo de ejecución a cuarenta (40) meses con quince (15) días, extendiendo la fecha de finalización al 3 de abril de 2008; (ii) aumentar el monto global agregado de los dos Contratos a veinte millones trescientos setenta y seis mil doscientos noventa y un dólares con diecinueve centavos (USD\$20.376.291,90); y (iii) recortar el tramo de obra de rehabilitación de la Carretera desde Tegucigalpa hasta la comunidad de Ojo de Agua cubriendo un total de 50kms (cuando originalmente la Carretera llegaba hasta Danlí y cubría un tramo de 92.4 Km). Igualmente, el diseño y las especificaciones del pavimento y el concreto, incluyendo su espesor, fueron cambiados a lo largo del Proyecto, en algunos casos formalmente a través de modificaciones contractuales y en otros mediante órdenes u oficios de la Supervisión a Elsamex. Gran parte de los cambios sustanciales se dieron ante el incremento en costos y la insuficiencia de fondos.
34. La obra objeto del Contrato fue gerenciada por la sociedad española denominada Inocsa Ingeniería S.L. ("Inocsa", la "Supervision" o el "Supervisor"), en calidad de supervisor y en representación de la Secretaría de Estado en el despacho de Obras Públicas, Transporte y Vivienda ("SOPTRAVI" o la "Dirección General de Carreteras") como Contratante.
35. La obligación principal de Elsamex como Contratista era rehabilitar las capas superiores de la Carretera, cuya descripción técnica comprendía la primera y la segunda capa de concreto asfáltico, la base y la sub-base. Elsamex debía construir las obras de rehabilitación de conformidad con: (i) las especificaciones técnicas y los planos de ingeniería elaborados por la firma consultora Servicios para la Ingeniería y la Construcción S. de R.L. de C.V. ("SEICO") referenciados en (a) el Contrato, (b) los Documentos de Licitación, y (c) cualquier modificación efectuada o aprobada por el Supervisor; (ii) el rediseño del refuerzo del pavimento elaborado por Inocsa, (iii) las instrucciones del Supervisor en la zona de las obras, incluyendo los planos (cálculos y

demás información) proporcionados o aprobados por el Supervisor a Elsamex. (Modificación No. 2, Datos del Contrato, referencia a la Cláusula 1 del Contrato, pág. 2).

36. Elsamex estaba obligada a reparar a su propio costo las pérdidas o daños y perjuicios sufridos por las obras o los materiales incorporados en ellas entre la fecha de iniciación de las obras y el vencimiento de los periodos de responsabilidad por defectos cuando dichas pérdidas o daños y perjuicios fueran ocasionados por sus propios actos u omisiones.
37. El Contrato comprendía un proyecto de precios unitarios pagaderos por pieza o cantidad de trabajo ejecutado con base en el diseño, los planos y las instrucciones entregadas por SOPTRAVI y/o Inocsa a Elsamex. Esto, a diferencia de un precio global por idear y ejecutar toda la obra de principio a fin, como lo sería por ejemplo un contrato de tipo "llave en mano". La lista de cantidades debía contener los rubros correspondientes a la construcción, montaje, prueba y puesta en servicio de los trabajos que debía ejecutar Elsamex, y la misma lista se usaba para calcular el precio del Contrato. Es decir, a Elsamex se le pagaba por cantidad de trabajo realmente ejecutado, al precio unitario especificado en la Lista de Cantidades para cada rubro. En principio, SOPTRAVI no tenía obligación de pagar los rubros de las obras para las cuales no se hubieren especificado tarifas o precios en la Lista de Cantidades, entendiéndose que los mismos estaban cubiertos por otras tarifas y precios del Contrato.
38. Elsamex debía presentar al Supervisor las liquidaciones mensuales del valor estimado de los trabajos ejecutados, menos los montos acumulados en certificados anteriores. El Supervisor verificaría las estimaciones dentro de los 8 días siguientes a su presentación y certificaría los montos pagaderos a Elsamex, determinando el valor de los trabajos ejecutados. Para ello, el Supervisor tendría en cuenta las cantidades terminadas de los rubros que constan en la Lista de Cantidades y la valoración de las variaciones y los eventos compensables. Igualmente, el Contrato facultaba al Supervisor para excluir cualquier rubro incluido en un certificado anterior o reducir la proporción de cualquier rubro que hubiera certificado antes, teniendo en cuenta la información más reciente.
39. Inicialmente se contempló en (a) el Documento de Licitación que, por ser un Contrato íntegramente pagadero en divisas, las tarifas y los precios cotizados por el licitante no estarían sujetos a ajustes durante el cumplimiento del Contrato, y (b) en el texto mismo del Contrato se dispuso que no se podría reconocer ajustes de precio por ningún motivo, incluyendo fluctuaciones en el costo de los rubros o sus componentes. No obstante lo anterior, en vista de que transcurrieron más de 18 meses entre la fecha de licitación y la legalización de los documentos contractuales⁹, los precios contemplados sufrieron alzas significativas, principalmente en los insumos básicos del Contrato, como los derivados de petróleo. Teniendo en cuenta que dicha situación era ajena a la responsabilidad y control del Contratista, en la Modificación No. 1 al Contrato, las Partes eliminaron esa sección del Contrato y acordaron sustituirla utilizando los lineamientos del Decreto 29/90 "sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras" para efectos de realizar el reconocimiento de costos para todos los conceptos del Contrato, incluyendo los materiales pétreos triturados

⁹ El periodo transcurrió desde enero 17 de 2003 hasta agosto de 2004, cuando finalmente se dio cumplimiento a la condición suspensiva contemplada en los Contratos.

comprendidos en las unidades de obra del Contrato. (Elsamex, Doc. D-190¹⁰, MRFyCR; Modificación No. 1).

40. En virtud de la Cláusula 52, Elsamex estaba obligada a constituir Garantías de Fiel cumplimiento de los Contratos: (a) garantía bancaria, por 15% del valor del Contrato y con validez hasta 90 días después de emitido el Certificado de Terminación de las Obras ("CTO"); o (b) fianza de cumplimiento, por el 30% del valor del Contrato y con validez hasta de un año después de emitido el CTO. Asimismo, Elsamex estaba obligada a constituir Garantías de Calidad. El Contrato preveía que de cada estimación de obra, SOPTRAVI retendría el 5% del monto (en la moneda respectiva) y su devolución se haría contra la recepción satisfactoria de la obra y la presentación de una garantía bancaria aceptable para SOPTRAVI por el valor retenido, con una vigencia igual al denominado "Periodo de Responsabilidad por Defectos".
41. En relación con los riesgos de las Partes, la Cláusula 11 disponía que desde la fecha de iniciación hasta la fecha de emisión del Certificado de Responsabilidad por Defectos, el riesgo de daño a las obras, planta, materiales y equipos, en la medida en que ello se debiera a fallas del Contratante o al diseño hecho por el Contratante, sería riesgo del Contratante. Asimismo, era riesgo del Contratante toda pérdida o daño semejante salvo que la misma hubiese sido consecuencia de un defecto existente en la fecha de terminación, un evento ocurrido antes de la fecha de terminación que no constituía por sí mismo un riesgo del Contratante o las actividades del Contratista en la zona de las obras después de la fecha de terminación. Adicionalmente, la Cláusula 12 disponía que cuando los riesgos no fueran expresamente del Contratante, eran riesgos de Elsamex.
42. Los Fondos Mitch y los Fondos FAD otorgados por el Reino de España eran la fuente de financiación del Contrato Mitch y el Contrato FAD respectivamente. Al efecto, si bien el Contrato se regía principalmente por la ley de Honduras, en todo aquello que la misma pudiese contravenir lo dispuesto en los Convenios de Crédito suscritos por los gobiernos de España y Honduras, éstos prevalecerían sobre dicha ley, según se aclara en los Datos del Contrato.

G. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS, FALLAS EN EL DISEÑO, INSUFICIENCIA DE FONDOS Y MODIFICACIONES CONTRACTUALES

43. Una vez adjudicada la licitación y suscrito el Contrato, Elsamex comenzó una revisión completa del Proyecto, y para el efecto, contrató a la firma consultora Asociación de Consultores en Ingeniería S. de R.L ("ACI").

¹⁰ Ver carta de la Unidad Ejecutora a la DGC del 22 de julio de 2005 y su correspondiente anexo sobre ajuste de precios, en la sección titulada "Recomendaciones sobre el Ajuste de Precios". En esta recomendación la Unidad Ejecutora concluyó lo siguiente: «Como puede apreciarse, de resolverse insertar en este contrato un procedimiento de Ajuste de Precios, es conveniente y equitativo que los precios se escalen a partir de la fecha de [...ilegible...] después de la respectiva licitación, es decir a partir del día 17 de julio de 2004 que se consideraría la *fecha base o origen* para estos propósitos, ya que es obvio que el contrato debió haber previsto un tiempo razonable durante el cual no recibiría absolutamente [ningún] reconocimiento por percibir pagos enteramente en divisas, situación que lo ubica en una posición de cierta ventaja en el medio local, debido a que casi diariamente se genera una micro devaluación del Lempira respecto al US Dólar y ello representa automáticamente un ajuste para todos aquellos insumos que el contratista adquiere localmente empleando Lempiras.»

44. El 18 de marzo de 2004 ACI emitió su "Informe del Estudio de Rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa Danlí" concluyendo que el diseño original era obsoleto e inadecuado.¹¹ Con base en lo expuesto en este informe, Elsamex le informó a SOPTRAVI la necesidad fundamental de modificar el proyecto de rehabilitación existente para garantizar el éxito del mismo, advirtiendo entre otros, la necesidad de que el diseño: (a) previera un incremento del grosor de la carpeta asfáltica para evitar el desgaste prematuro y realizar las pruebas de carga correspondientes a nivel de sub-base para detectar zonas inestables teniendo en cuenta incremento en tráfico pesado; y (b) se adecuara a la existencia de fallas geológicas identificadas a lo largo de la Carretera (Elsamex, ¶133 y Doc-D-80, MD; ¶193, MRFyCR).
45. El Proyecto inicial comprendido en las especificaciones técnicas de licitación se basaba en una alternativa planteada por SEICO pero descartada (tres años antes de la licitación del Proyecto y cuatro años antes de la suscripción del Contrato). El 8 de noviembre de 2004 Inocsa presentó un informe (Informe Inicial Inocsa) mediante el cual identificó las deficiencias en el diseño y criticó los cambios al Proyecto en la licitación que no correspondían a las conclusiones del estudio de SEICO de mayo de 1999.¹² Dicho informe concluía con la propuesta de 4 alternativas sin definirse por una de éstas en particular (Elsamex, ¶134 y Doc. D-81, MD).
46. No obstante las advertencias de Elsamex y de Inocsa, y sin haberse definido completamente el diseño, SOPTRAVI dio la orden de inicio de la obra el 19 de noviembre de 2004 (Elsamex, Doc. 10, SdA).
47. Acto seguido, Elsamex reiteró por escrito sus inquietudes a SOPTRAVI, incluyendo las siguientes: (a) los planos de licitación no reflejaban la realidad de la obra, (b) la existencia de fallas geológicas no estaba reflejada en el diseño del Proyecto, (c) había problemas con la explotación de los bancos de materiales pétreos y (d) eran evidentes las deficiencias del diseño en estructura del pavimento y otros aspectos (Elsamex, Doc. D-82, MD). A juicio de Elsamex, el diseño del Proyecto adolecía de tres problemas básicos: (i) el problema de diseño de la estructura del pavimento como tal; (ii) la ausencia de tratamiento de las fallas geológicas que presentaba la Carretera; y (iii) un sistema de drenaje que resultaba deficiente para las condiciones climatológicas y tipográficas de la Carretera.
48. Desde un comienzo del periodo de ejecución del Contrato, tanto Elsamex como Inocsa coincidieron en que existía un grave problema en el diseño de la estructura del pavimento y, el estado de la Carretera y las necesidades de rehabilitación y pavimentación habían cambiado, pero el proceso para que SOPTRAVI adoptara una decisión al respecto fue

¹¹ En particular el Informe ACI concluía que «el diseño original implicaba inconvenientes en el orden geométrico, ya que reforzar con grandes espesores de base triturada (30cm en este caso) reducir significativamente el ancho de los hombros de la carretera». (Informe Intevía II, pág. 9 en Elsamex, Apéndice 27, MD).

¹² Nótese que el diseño elaborado por SEICO fue presentado en un informe con tres alternativas: (1) rodadura de concreto asfáltico (8 cms de espesor) con base densa con un costo inicial aprox. de 301.134.207 Lempiras; (2) rodadura de concreto asfáltico (7.5 cms de espesor) con base granular permeable con un costo inicial aprox. de 291.811.431 Lempiras; y (3) rodadura de concreto asfáltico (12cms de espesor) con estabilización de base existente con cemento con un costo inicial aprox. de 362.977.591 Lempiras. En sus conclusiones, SEICO recomendó la tercera alternativa de 12 cms de concreto asfáltico pero en la licitación se utilizó la primera alternativa de 8 cms de concreto asfáltico que implicaba la utilización de 30 cm de base triturada y posteriormente la colocación del concreto asfáltico. (Informe Intevía II, pág. 7 en Elsamex, Apéndice 27, MD).

complejo porque Inocsa tardó mucho tiempo en proporcionar una alternativa de diseño con el soporte técnico adecuado (Elsamex, ¶175-178, MRFyCR; Doc. D-81, MD).

49. SOPTRAVI le solicitó a Inocsa en varias ocasiones (según consta en cartas que datan de febrero a abril de 2005) que: (i) emitiera una recomendación aceptable respecto a alguna de las alternativas que había planteado; (ii) informara cuál sería el costo probable final del Proyecto para determinar si se requerirían fondos adicionales con el fin de iniciar las gestiones necesarias (si fuere del caso) y así evitar mayores demoras; (iii) presentara un diseño estructural de las alternativas para posibilitar la toma de decisiones con la debida fundamentación técnica; y (iv) revisara el informe del Laboratorio Nacional de Ensayos y Modelos Estructurales ("Lanamme")¹³ con su consultor para emitir una recomendación técnica basada en el estado actual de la Carretera en lugar de trabajar de forma especulativa. No obstante, según consta en las comunicaciones de SOPTRAVI y Elsamex, Inocsa no proporcionó un diseño técnico adecuado según lo solicitado (Elsamex, ¶229 y Docs. D-175 a D-179, MRFyCR).
50. Ante la ausencia de una recomendación específica y debidamente fundamentada por parte de Inocsa, SOPTRAVI se abstuvo de tomar una decisión al respecto en esa época (Elsamex, ¶230, Docs. D-177 y D-179, MRFyCR). En consecuencia, Elsamex contrató al Lanamme para que realizara un nuevo estudio que fue incorporado en el informe de Lanamme del primero de abril de 2005.¹⁴ Las conclusiones de Lanamme sobre el diseño de la Carretera sugerían que: (a) la estructura de pavimento propuesta por el Proyecto original incumplía ampliamente las condiciones de carga del Proyecto; y (b) debían hacerse varios ajustes de acuerdo con las especificaciones del Proyecto. No obstante lo anterior, el estudio de Lanamme no abordaba los problemas de diseño en materia de fallas geológicas ni advertía los problemas de los sistemas de drenaje de la Carretera (Elsamex, Doc-83, MD).
51. El 4 de mayo de 2005, en reunión sostenida entre la DGC, la Unidad Ejecutora e Inocsa (Elsamex, D-166, MRFyCR), la Administración finalmente adoptó una decisión preliminar sobre el diseño de la Carretera: (a) de la estación 0+000 a la 3+500 se instalaría una geomalla, agregando una capa de base nueva de 15 cms.; y (b) de la estación 3+500 en adelante, se ejecutaría el Proyecto con la utilización de emulsión asfáltica, añadiéndole 5 cms. de base nueva. El Proyecto se ejecutaría con los fondos contratados hasta donde se ajustaran al nuevo diseño del pavimento. Esta decisión a su vez fue comunicada por SOPTRAVI el mismo 24 de mayo de 2005 al Ministro de SOPTRAVI (Elsamex, D-182, MRFyCR).¹⁵

¹³ Lanamme forma parte de la Universidad de Costa Rica,

¹⁴ Para el efecto se realizaron estudios de: (i) cuadro de deflectometría de impacto detallado cada 100 metros de la carretera; (ii) toma de datos anillo de carga CBR en sitio; (iii) ejemplo de cálculo para un pre-diseño de refuerzo estructural para la autopista Tegucigalpa-Danlí, Ruta CA-6; y (iv) estabilización con emulsión asfáltica de material granular.

¹⁵ Esta comunicación informaba lo siguiente: (1) El Informe Lanamme, junto con los esfuerzos realizados por la DGC e Inocsa, brindan una solución con la cual todos los involucrados están de acuerdo, que consiste en la escarificación de la carpeta actual, mezclada con 10 cms de la base que tiene la Carretera, se le agregará un espesor de 5 cms adicionales de base, para un espesor total de 20 cms. A esta base se le agregará emulsión asfáltica en un porcentaje que fluctuará entre el 4% y el 6% para convertir esta mezcla en una base negra sobre la cual se colocará un espesor mínimo de 10 cms de mezcla asfáltica que completará la estructura. (2) Este nuevo diseño implica un incremento en costos. Se aclara que aunque se había planeado colocar 4 trochas en los primeros 3.7 Km (lo cual costaría 30 millones de lempiras), con el fin de ahorrar fondos, la DGC ha decidido colocar únicamente 2 trochas. En este primer tramo se colocará un geosintético (geomalla estructural) y encima de éste se colocará la capa de base

52. El 24 de junio de 2005, Elsamex le informó a SOPTRAVI que había llegado a un acuerdo con la Supervisión respecto a los precios de las nuevas partidas del Proyecto, incluyendo la geomalla (USD\$3,86), base estabilizada con emulsión (USD\$85,36) y sub-drenaje (USD\$70,71), y anunció la suscripción de los contratos de compra de la geomalla y la base estabilizada. Sin embargo, el 30 de junio de 2005 Inocsa le envió una carta a Elsamex manifestándole respecto a su comunicación del 24 de junio anterior: *«no es cierto que esta Supervisión haya llegado a ningún acuerdo con ustedes respecto a los precios de las nuevas partidas del proyecto. La negociación de dicho acuerdo no es competencia de la Supervisión sino de SOPTRAVI, contando para ello con nuestra total colaboración.»*¹⁶
53. Al reevaluar el diseño y algunas de las especificaciones técnicas de la Carretera, varias modificaciones al Contrato fueron haciéndose necesarias. Con las nuevas especificaciones técnicas, el coste de la obra incrementó y, ante la insuficiencia de fondos para cubrir dicho incremento, SOPTRAVI recortó el tramo de la Carretera que sería rehabilitado hasta Ojo de Agua, en lugar de Danlí, como originalmente estaba previsto. A continuación se resumen los principales acuerdos, órdenes de cambio y modificaciones al Contrato.
54. El 28 de octubre de 2005, las Partes suscribieron un **Acuerdo de Avenimiento** por razón del cual se establecieron dos nuevos conceptos: (i) rehabilitación de hombros y (ii) cambio de pintura acrílica por termoplástica (Elsamex, ¶42, MD; Doc. 11, SdA). Adicionalmente se establecen los materiales a usar y el proceso de rehabilitación de los primeros 3.7 kms. y el resto de la Carretera. En el texto del acuerdo se aclaraba que, por virtud de éste no se producía ninguna modificación al Contrato, quedando exentas las Partes de cualquier responsabilidad sobreviniente, y que cualquier modificación futura se haría según la ley hondureña y siempre que no hubiera objeción por parte del Reino de España como ente financiador.
55. El 19 de enero de 2006 las Partes suscribieron la **Modificación No. 1**, que contemplaba un nuevo diseño de la Carretera elaborado por Inocsa y que determinó: i) reducir el tramo de 92.4 a 53 kms. por cuestiones presupuestales; ii) incorporar conceptos de rehabilitación de hombros, cambiar la pintura acrílica por termoplástica e implementar nuevos precios en la Cláusula 47 (incorporando la aplicación del Decreto 29/90 para realizar el incremento de costos del Contrato, incluyendo los materiales pétreos triturados); y iii) utilizar el diseño de obra recomendado en los planos de SEICO y el rediseño de Inocsa y el Acuerdo de Avenimiento. Asimismo, las Partes también reconocieron que era fundamental abordar el problema que presentaban las fallas geológicas (especialmente en las estaciones 6+500, 9+000, 11+300, 14+100, 16+300, 25+000 y 49+300), las cuales no habían sido previstas en el diseño original y, cuya gran

de 15 cms de espesor. Esta estructura será coronada con 10 cms de carpeta asfáltica y, según los cálculos realizados por Inocsa, es suficiente estructura para el tráfico proyectado. (3) Solicita autorización para el monto nuevo del Proyecto, que implica un incremento de USD\$7,3 millones respecto al Contrato original.

¹⁶ El intercambio de comunicaciones entre SOPTRAVI e Inocsa durante este periodo refleja la evidente tensión que había entre éstas, su desorganización en el manejo del Proyecto para definir las nuevas especificaciones técnicas y la constante falta de soporte técnico en las propuestas y cotizaciones de Inocsa. Ver por ejemplo cartas de SOPTRAVI a Inocsa del 28 de julio de 2005, 19 de agosto de 2005, 30 de agosto de 2005 y 13 de septiembre de 2005 (Docs. D-184, D-186, D-185 y D-180, respectivamente, MRFyCR). Asimismo, las cartas de Elsamex y SOPTRAVI de la época dejan entrever la falta de claridad en la definición completa del Proyecto y dan constancia de los reclamos presentados a la Supervisión al efecto. (Elsamex, Doc. D-181, MRFyCC).

magnitud y complejidad requerían una solución integral y definitiva por cuanto ponían en peligro tanto la seguridad de la vía como la seguridad de los pasajeros (C3, Modificación No. 1). Ante la falta de presupuesto, se optó por la alternativa propuesta en esta Modificación No. 1 que implicaba reducir la carpeta asfáltica de 17 cms. (inicialmente sugerida) a 12,5 cms. de grosor, y colocarla sobre una capa de base estabilizada de 15 cms. de espesor, obtenida del reciclado de la carpeta y base actual. Para los primeros 3,7 kms. del Proyecto, ubicados en la zona urbana de la salida de Tegucigalpa, Inocsa recomendó proceder con un refuerzo especial mediante la colocación de una geomalla. Dicha modificación también reformuló la Lista de Cantidades en forma comparativa para redistribuir los fondos, modificando las cantidades de obra y los precios, incorporando nuevos precios por el incremento de costos, la reparación de las fallas, los nuevos conceptos de geomalla y emulsión asfáltica;¹⁷ no obstante, la Modificación No. 1 no implicaba un aumento del monto inicial de los Contratos. (Elsamex, ¶¶67,69-70, MCD; Modificación No. 1 al Contrato Mitch, págs. 2-3; ¶¶68, MCD; Modificación No. 1 al Contrato FAD, pág. 5).

56. Más adelante, por cuestiones presupuestales, se redujo nuevamente la especificación del espesor de la carpeta asfáltica 12.5 cms. a 10cms., lo que suponía una longevidad de 12 años.¹⁸ No obstante, con el diseño contemplado en la Modificación No. 1 y la falta de fondos, sólo se podía rehabilitar la Carretera hasta el km. 42 (con excepción de algunas cantidades de obra calculadas hasta el km. 53 y el km. 45), por lo cual SOPTRAVI decidió ordenar la colocación de sólo 5 cms. de concreto asfáltico (en lugar de 10 cms.) para que el nuevo alcance del Proyecto fuera hasta la estación 50+000. Los únicos tramos que quedaron con espesor de 10 cms. contemplado entonces fueron el tramo inicial (desde 0+400 hasta 4+190)¹⁹ y el tramo del Valle del Zamorano desde la estación 26+600 hasta la estación 31+800 que ya había sido terminado.²⁰ En consecuencia, las Partes procedieron a suscribir la Orden de Cambio No. 1 el 26 de enero de 2007, readecuando las cantidades de obra de conformidad con la última proyección de costos del Proyecto, tomando en cuenta las obras adicionales ordenadas al Contratista, en particular, la construcción del tercer carril en el tramo inicial (desde la estación 0+000 hasta la estación 3+800).

¹⁷ El 26 de marzo de 2006, las especificaciones técnicas de los nuevos conceptos de obra (es decir, base estabilizada con emulsión, rehabilitación de hombros, pintura termoplástica, y geomalla) fueron enviadas por la Unidad Ejecutora a Elsamex (Ver oficio UEBM/BCIE No. 116/06 en Elsamex, Doc. D-5, MCEJ). Nótese que las especificaciones técnicas aplicables para la "base estabilizada in situ con emulsión" son las indicadas en el artículo 20 sobre "Reciclado in situ con emulsión de capas bituminosas" del PG-4 en la Orden Circular 8/2001 de la Dirección General de Carreteras del Ministerio del Fomento y no las sugeridas por Elsamex (Ver Informe Mensual de Inocsa de marzo de 2007 (Honduras, Anexo 9-P, MCD)).

¹⁸ Esta reducción consta en la comunicación del 19 de julio de 2006 de Inocsa a Elsamex. (Elsamex, Doc. D-88, MD). Con respecto a la cifra de 11 cms hay cierta inconsistencia. En algún momento se habló de 11 cms para 12 años con un tráfico de 6 millones de repeticiones de carga. Ver oficio de Inocsa a SOPTRAVI el 14 de septiembre de 2006 adjunto al Informe Mensual Inocsa de septiembre de 2006 (Honduras, Anexo 9-V, MCD).

¹⁹ Nótese que la primera capa de carpeta asfáltica de 5 cms en el tramo comprendido desde la estación 0+446 hasta la estación 4+190 se colocó entre mayo y junio de 2006. La segunda capa de carpeta asfáltica de 5 cms de espesor entre la estación 0+446 y la estación 4+190 fue colocada en octubre de 2006. De manera que transcurrieron de 3 a 4 meses entre la colocación de una y otra capa. Ver Informes Mensuales de Inocsa de mayo, junio y octubre de 2006, Anexos 9-R, 9-S y 9-W, MCD).

²⁰ Ver Oficios de Inocsa a Elsamex del 18 y 20 de octubre de 2006 anexos al Informe Mensual Inocsa de octubre de 2006 (Honduras, Anexo 9-W, pág. 17, MCD).

57. Desde finales de 2006, Inocsa le recomendó reiteradamente a SOPTRAVI obtener fondos adicionales de manera urgente para la colocación de la segunda capa de carpeta asfáltica y así no afectar la vida útil de la carretera.²¹
58. El 8 de marzo de 2007, las Partes suscribieron la **Modificación No. 2** a los Contratos para incorporar trabajos imprevistos: (i) el tercer carril entre inicio del Proyecto y la Estación 3+800, (ii) los trabajos adicionales de excavación común y remoción de derrumbes, sub-base, enchape de cunetas, mampostería y drenajes, (iii) la reparación de zonas inestables no contemplada en el diseño original, y (iv) los trabajos de reparación de desperfectos por fallas geológicas (Elsamex, ¶44, MD; Modificación No. 2, C1). Adicionalmente, se amplió el plazo a 29.5 meses.²² Se modificó el Anexo IV (Datos del Contrato) y se determinó que el Contratista debía ampliar las Garantías de Fiel Cumplimiento. (Modificación No. 2, pág.3).
59. El 23 de mayo de 2007, SOPTRAVI emitió un certificado constatando que (Elsamex, D-146, MD): (i) Elsamex había ejecutado la obra (contemplada hasta la Modificación No. 2, inclusive); (ii) el presupuesto (original) había sido ejecutado en su totalidad; (iii) el Proyecto había finalizado el 3 de mayo de 2007 pero aún estaba pendiente la emisión del Acta de Recepción Final; (iv) la obra había sido ejecutada de conformidad con las normas y especificaciones vigentes de SOPTRAVI, y las particularidades del Contrato;²³ (v) la longitud rehabilitada era de 50.0 Km en calzada sencilla; y (vi) las cantidades de obra más significativas realizadas habían sido:

Pavimentos asfálticos:	USD\$12.414.675,25
Bases, Sub-Bases y Movimiento de Tierras:	USD\$4.520.045,54
Señalización:	USD\$216.518,25
Drenaje y Otros:	USD\$1.620.930,36
TOTAL	USD\$18.772.169,40

60. El 31 de mayo de 2007, Elsamex solicitó a Inocsa la emisión del Certificado de Terminación de las Obras de conformidad con la Cláusula 55 del Contrato (Honduras, Anexo 9-DD, MCD). No hay registro en el expediente probatorio de que el mismo se hubiera emitido formalmente.²⁴

²¹ Ver Informes Mensuales de Inocsa, noviembre de 2006, pág. 28, diciembre de 2006, pág 27, (Honduras, Anexos 9-X y 9-Y, MCD).

²² Nótese que en las solicitudes de ampliación del plazo Elsamex justificaba los atrasos en la ejecución de las obras principalmente dada la indefinición del diseño y la demora en recibir instrucciones respecto a ciertas estaciones de la Carretera. En particular, las órdenes de trabajar en el tramo final del km. 42 al km. 50 sólo fueron dadas el 19 de octubre de 2006. Ver Cartas de Elsamex a Inocsa del 8, 27 y 29 de diciembre de 2006 en Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2006 (Honduras, Anexo 9-Y, MCD).

²³Nótese que, a finales de marzo de 2007, la Supervisión realizó una prueba de carga sobre la capa intermedia (primera capa) de concreto asfáltico desde la estación 4+100 hasta la estación 16+000, teniendo en cuenta que probablemente hasta ahí se colocaría la capa de rodadura (segunda capa) de concreto asfalto dada la insuficiencia de fondos. En dicha prueba, se detectó la presencia de fallas en varias secciones de la Carretera y se procedió a la reparación de las mismas con el excavado entre 0.5m y 1m de profundidad, relleno, compactado con material selecto de río, colocación de sub-base, base, imprimación y finalmente su pavimentación. (Elsamex, D-188, pág.17, MRFyCR).

²⁴ En oficio del 12 de julio de 2007 Inocsa le recuerda a SOPTRAVI que en la reunión del 5 de julio de 2007 "(...) se planteó y concluyó que no procede una recepción final de las obras contratadas y liquidación de financiamiento de Fondos FAD y MITCH provenientes del Gobierno de España". En el oficio no consta una explicación al respecto y no hay registro de un acta de memoria de la citada resolución. Nótese que, posteriormente, el 25 de julio de 2007,

61. El 29 de junio de 2007, Honduras procedió a efectuar la devolución del valor retenido en cada estimación del Contrato hasta la Modificación No. 2 inclusive, correspondiente al 5% de la garantía, por valor total de USD\$938.608,47, junto con el pago de la Estimación No. 28.²⁵ Acontecido lo anterior, Elsamex presentó la Garantía de Calidad equivalente al 5% del monto del Contrato por valor de USD\$938.608,47. (Honduras, Anexo 9-EE, MCD).
62. Como los trabajos completados con el presupuesto original fueron insuficientes para rehabilitar la Carretera se hicieron tres modificaciones adicionales. El importe de los trabajos adicionales fue incrementado en las Modificaciones No. 3 (USD\$1.604.122,50) y No. 4 (USD\$305.854,37), lo que representa el 9.23% del monto global del Proyecto final (Elsamex, ¶226, MD).
63. El 27 de junio de 2007 las Partes suscribieron la **Modificación No. 3** a los Contratos. Por insuficiencia de fondos para cubrir los 53 kms. se redujo el tramo a rehabilitar a 50 kms. y se amplió el plazo a 34.5 meses hasta el 3 de octubre de 2007 (Elsamex, Modificación No. 3 al Contrato Fondos FAD, pág. 6-7). Se modificó nuevamente el Anexo I (Lista de Cantidades y Precios Unitarios) y el Anexo IV (Datos del Contrato),²⁶ estableciéndose que el Contratista debía ampliar las Garantías de Fiel Cumplimiento (Elsamex, Modificación No. 3, Contrato Fondos FAD, pág. 6-7 y Contrato Fondos Mitch, pág.3). Al haber quedado pendiente la ejecución de obras importantes adicionales para asegurar la calidad y la durabilidad de la Carretera, se incrementó asimismo el monto global de los Contratos a veinte millones trescientos setenta y seis mil doscientos noventa y un dólares con noventa centavos (USD\$20.376.291,90) (Elsamex, ¶46, MD). Las cantidades de obra y de precios se reformularon debido a los cambios ordenados por Inocsa, los cuales incorporan los nuevos trabajos (entre ellos, la construcción de un tercer carril) y se eliminó formalmente la geomalla.²⁷ Para financiar los cambios fue necesaria la obtención de una nueva fuente de financiamiento que resultó en el Préstamo BID 1748/SF-HO por un millón seiscientos cuatro mil ciento veintidós dólares con cincuenta centavos (USD\$1.604.122,50), incrementando así el valor del Contrato FAD (Honduras, ¶71, MCD).

a solicitud de Elsamex, Inocsa envió un borrador a SOPTRAVI con dos constancias de cumplimiento por parte del Contratista en relación con toda la obra finalizada el 3 de mayo de 2007 (hasta la Modificación No. 2 inclusiva) y de la obra en ejecución bajo la Modificación No. 3, de conformidad con las normas y especificaciones del Contrato, con el fin de ser presentadas en dos licitaciones en Nicaragua. No es claro del expediente si las mismas fueron efectivamente firmadas por SOPTRAVI. (Ver oficio del 25 de julio de Inocsa a SOPTRAVI en el Informe Mensual de Inocsa de julio de 2007, Honduras, Anexo 9-FF, MCD).

²⁵ En el Informe de Auditoría del Tribunal de Cuentas se establece que dicha devolución era contraria a la Modificación No. 2 del Contrato vigente para la época y contraria a la LCE por cuanto la entrega de las retenciones sólo podía efectuarse tras la recepción final de la obra a satisfacción de SOPTRAVI, lo cual, a su juicio, estaba lejos de cumplirse en el pago de la Estimación No. 28. Ver Doc. D-188, pág. 19 y 34, MRFyCR.

²⁶ Según el Resumen Ejecutivo presentado en el Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2007, los conceptos de obra realizados bajo la Modificación No. 3 fueron principalmente concreto asfáltico, enchape de cunetas con concreto, líneas y marcas de tráfico blancas y amarillas, vialetas plásticas reflectivas tipo 911, bidireccionales, SII-15, SIS y reconocimiento de mayores costos (Honduras, Anexo 9-KK, pág. 8, MCD).

²⁷ Nótese que en el Anexo I al Contrato denominado "Lista de Cantidades y Precios Unitarios" la cantidad de ítem de geomalla especificada en 40.000 (la cual fue incluida en la Modificación No. 1) pasó a ser 0 (a partir de la Modificación No. 3).

64. El 5 de noviembre de 2007, las Partes suscribieron la **Modificación No. 4**²⁸ a los Contratos, determinando que para rehabilitar adecuadamente la Carretera: i) las cantidades de obra relativas a concreto asfáltico eran insuficientes para cubrir los 50 kms. con la segunda capa de carpeta asfáltica²⁹ y ii) era necesaria la realización de trabajos extraordinarios de protección (subdrenajes y enchape de cunetas en concreto) para el adecuado drenaje de la Carretera (Modificación No. 4, C3 y C4). Teniendo en cuenta que el precio del Contrato incrementó nuevamente dados los nuevos trabajos ordenados por la Supervisión, el monto global de los Contratos fue incrementado nuevamente en trescientos cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro dólares con treinta y siete centavos (USD\$305.854,37) y el plazo fue ampliado a 36.5 meses.³⁰ Esta vez, el financiamiento del incremento de precio se hizo con fondos nacionales (Honduras, ¶72, MCD). Igualmente, se estableció que el Contratista debía ampliar las Garantías de Fiel Cumplimiento.
65. El 26 de febrero de 2008 las Partes suscribieron la **Modificación No. 5** a los Contratos. Se amplió el plazo a 40.5 meses hasta el 3 de abril de 2008. Se modificó el Anexo IV (Datos del Contrato) y se estableció que el Contratista debía ampliar la vigencia y el monto de las Garantías de Fiel Cumplimiento y la Garantía de Calidad. El monto global de los Contratos pasó a ser de USD\$21.000.941,60 y el Contrato FAD quedó en USD\$14.800.941,60. Dicho incremento fue causado por la aparición de nuevas fallas no contempladas en la Modificación No. 4 que dilataron las obras y dieron lugar a nuevos trabajos ordenados por la Supervisión,³¹ y su financiamiento se hizo con fondos nacionales (Modificación No. 5, págs. 1-2 y 5, Contrato MITCH y págs. 1-2 y 6, Contrato FAD).
66. Cada una de las Modificaciones contempla expresamente en su texto que los nuevos alcances de las obras implicados en ella no serían por ningún motivo causal para que Elsamex reclamase indemnizaciones o compensaciones adicionales o distintas a las estipuladas específicamente en el documento de modificación respectivo.
67. El Proyecto realmente ejecutado consistió principalmente de cuatro tipos de labores. Primero, el reciclado de los 15 cms. superiores de Carretera utilizando base estabilizada

²⁸ El 4 de septiembre Inocsa emitió la Orden de Cambio No. 2 con fondos de Modificación No. 3 para cubrir hasta el kilómetro 50, cambiando las actividades a realizar. No obstante, Elsamex manifestó reiteradamente que la misma carecía de validez por tratarse de una modificación unilateral contemplando actividades diferentes a las acordadas y por fuera del espectro contractual. Ver por ejemplo, carta de Elsamex a Inocsa del 11 de octubre de 2007 en el Informe Mensual de Inocsa de octubre de 2007 (Honduras, Anexo 9-II, MCD). Más adelante en oficio del 2 de noviembre de 2007, Inocsa le informa a Elsamex que las cantidades de la Orden de Cambio No. 2 están incorporadas en la Modificación No. 4 que se encuentra lista para la firma de Elsamex en las oficinas de SOPTRAVI. Ver Informe Mensual de Inocsa de noviembre de 2007 (Honduras, Anexo 9-JJ, MCD).

²⁹ Los fondos adicionales inyectados por la Modificación No. 3 no alcanzarían para completar la segunda capa de carpeta asfáltica de toda la Carretera, por lo que el alcance longitudinal de la misma sería únicamente hasta el KM 45+000, sin incluir la señalización horizontal (Ver Resumen Ejecutivo en el Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2007, Honduras, Anexo 9-KK, pág. 5, MCD).

³⁰ Según el Resumen Ejecutivo presentado en el Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2007, los conceptos de obra realizados bajo la Modificación No. 4 fueron principalmente concreto asfáltico, enchape de cunetas con concreto, bordillos, trabajos por unidad de tiempo y reconocimiento de mayores costos (Honduras, Anexo 9-KK, pág. 8, MCD).

³¹ En particular, la aparición de 17,000 m² de fallas (principalmente entre el KM 17+000 y 23+000) fue mucho más costosa y compleja de reparar de lo que inicialmente se había previsto. Los fondos adicionales inyectados por la Modificación No. 4 tampoco alcanzarían para completar la segunda capa de carpeta asfáltica de toda la Carretera, por lo que el alcance longitudinal de la misma sería únicamente hasta el KM 47+000 (Ver Resumen Ejecutivo en el Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2007, Honduras, Anexo 9-KK, pág. 5, MCD).

con emulsión asfáltica (en lugar de base triturada nueva como estaba previsto en el Contrato original) y colocación de 10 cms. de concreto asfáltico (en lugar de 12.5 de espesor como estaba previsto en el Contrato original) en dos carpetas de 5 cms. cada una. Los cambios relacionados con estas labores se debieron a la insuficiencia de fondos. Segundo, la rehabilitación de los hombros mediante cajeo y aportación de material granular de calidad y base estabilizada, mezclando el material estabilizado con el reciclado del firme antiguo para homogeneizar la capa. Dichas labores fueron incorporadas en las modificaciones ya que no estaban previstas en el Proyecto original. Tercero, otras actividades, incluyendo reparaciones puntuales de la subrasante, enchape de cunetas y construcción de subdrenes en los puntos específicos indicados por Inocsa. Dichas labores tampoco estaban previstas en el Proyecto original. Finalmente, cuarto, en la ejecución de la primera capa de concreto asfáltico aparecieron numerosos deterioros imprevistos que implicaron trabajos extraordinarios para su reparación (Elsamex, MD, ¶18-19).

H. TERMINACIÓN DE LA OBRA, DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES, INTENTO FALLIDO DE CONCILIACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

68. En el trascurso de la ejecución del Contrato y en las discusiones e intercambios sobre las nuevas especificaciones para la construcción, surgieron múltiples diferencias técnicas entre las Partes. El Proyecto estuvo suspendido durante algunas etapas y, en un momento dado, incluso llegó a vencerse el Contrato sin que las Partes alcanzaran un nuevo acuerdo de modificación hasta varios días después. Esto conllevó a la ejecución de trabajos con falta de claridad sobre el pago, al encarecimiento de costos por maquinaria suspendida y a que surgieran diferencias sustanciales en cuanto a la responsabilidad de las demoras de la obra en cada caso.
69. Entre otros desacuerdos de las Partes, se destacan principalmente varios trabajos o estimaciones que no fueron aprobadas por Inocsa ni pagadas por SOPTRAVI, en gran parte, por diferencias en la implementación de la cláusula de ajuste de precios del Contrato, por tratarse de trabajos adicionales que no tenían ítems previstos en el Contrato y de trabajos extraordinarios que, según Honduras, no habían sido expresa y previamente ordenados por Inocsa. Asimismo, se dio el caso de otros trabajos, que luego de ser aprobados por Inocsa en la certificación correspondiente, fueron descontados posteriormente de otras certificaciones con motivación de índole similar.
70. Desde muy temprano en la ejecución de la obra surgieron diferencias entre las partes por el estado de la base estabilizada en varios tramos de la calzada, pero las mismas fueron resueltas a lo largo de la obra.
71. Asimismo, Inocsa manifestó su preocupación por el surgimiento de la piel de cocodrilo en varios tramos de la Carretera (especialmente por los agrietamientos a nivel de la segunda capa del pavimento entre 0+400 y 17+000, 27+000 y 31+800 y en menor grado entre 36+410 y 36+440, 41+570 y 41+578) tras menos de un año de haberse colocado el concreto asfáltico. Esta preocupación consta en las notas de bitácora del 19 de diciembre de 2007 y del 11 de enero de 2008, así como en varios oficios del 17 de diciembre de 2007, y el 10 y 16 de enero de 2008. En los mismos oficios, Inocsa expresó que las fallas piel de cocodrilo no habían sido provocadas exclusivamente por las causas citadas por Elsamex ya que se observaron deficiencias en los ensayos de campo realizados por Inocsa y SOPTRAVI. Por lo anterior, le exigió una explicación a Elsamex, recordándole

que la responsabilidad de la calidad de las obras recae sobre el Contratista. Adicionalmente, Inocsa sugirió la posibilidad de que los agrietamientos hubieran sido causados por la falta de mantenimiento de Elsamex, ya que ésta no había limpiado las alcantarillas y ello podría haber afectado el sistema de drenaje. (Elsamex, Doc. 18, SdA; Doc-61, MD).

72. El 26 de diciembre de 2007, Elsamex sometió a revisión de SOPTRAVI, gran parte de las controversias iniciales entre Inocsa y Elsamex, que ésta consideraba habían sido objeto de decisiones inadecuadas u omisiones por parte de Inocsa acompañadas de dos volúmenes de documentación de soporte (Elsamex, Doc. D-75, MCEJ). Seguidamente, el 4 de enero de 2008, ante la imposibilidad de resolver la controversia con SOPTRAVI, Elsamex solicitó formalmente el nombramiento de un conciliador al Colegio de Ingenieros Civiles de Honduras ("CICH") (Elsamex, Doc. 4, SdA), de conformidad con lo previsto en el Contrato. No obstante, el CICH respondió el Oficio citado señalando que no era competente para nombrar un Conciliador, por cuanto tal facultad correspondía exclusivamente a la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, entidad que no estaba prevista en el Contrato (Elsamex, Doc. 4, SdA). Nótese que el Contrato preveía que el Conciliador debía ser nominado de forma conjunta por las Partes, y el CICH fue la entidad propuesta por SOPTRAVI y aceptada por Elsamex. El Contrato no preveía que, en su defecto, el CICH pudiera delegar sus facultades, y además la Cámara de Comercio y el CICH no estaban vinculados entre sí, por lo cual, contractualmente, la instrucción del CICH no tenía soporte.
73. El 18 de enero de 2008, Elsamex respondió los oficios de Inocsa de diciembre de 2007 y comienzos de enero de 2008, solicitándole a la Supervisión que especificara en qué zonas la falta de limpieza había causado el problema, y recordándole que muchas áreas no contemplaban cunetas en el diseño y que aún no habían aprobado el presupuesto para esa actividad.
74. Paralelamente, el 23 de enero de 2008, Elsamex solicitó formalmente a SOPTRAVI designar un Conciliador de mutuo acuerdo (Elsamex, Doc. 5, SdA). SOPTRAVI no contestó dicha solicitud hasta el 16 de mayo de 2008, fecha en la que se limitó a solicitar copia de las decisiones que Inocsa hubiese emitido respecto de las controversias citadas por Elsamex. Al respecto, Elsamex contestó el 22 de mayo de 2008 que: i) el plazo previsto para que la Administración se pronunciara sobre las controversias ya había transcurrido; ii) todas las reclamaciones habían sido sometidas en forma individual y oportuna a la consideración inicial de la Dirección; y iii) el Contrato no exigía formalidad alguna en la presentación de los reclamos a la Dirección. La Dirección no se pronunció con respecto a esta comunicación.
75. A partir de febrero de 2008, el apartado denominado Conclusiones y Recomendaciones de los informes de Inocsa a SOPTRAVI establecía de forma casi invariable que era imprescindible que SOPTRAVI tomase en consideración las siguientes recomendaciones:
 - a) *«No debe devolverse ningún tipo de retención al Contratista mientras no se reciba la obra a satisfacción de SOPTRAVI.»*
 - b) *«Debe solicitarse al Contratista que repare a su costo las fallas que han aparecido y siguen apareciendo, debido a las conclusiones de los estudios y ensayos.»*

- c) *Debe obligarse al Contratista que proceda a la brevedad posible a realizar la limpieza de alcantarillas y cunetas.*
- d) *Debe obligarse al Contratista a actualizar la garantía de cumplimiento de Contrato y ampliar la garantía de devolución de retenciones.*
- e) *Debe obligarse al Contratista a presentar una garantía de calidad de obra con una duración de un año, contados a partir de la recepción final del Proyecto.»*

76. En un par de Informes Mensuales durante el citado periodo se concluía adicionalmente lo siguiente: «*No debe realizarse ningún pago adeudado al Contratista hasta que asegure la continuidad del mismo en el Proyecto».*

77. Las últimas obras contratadas, incluyendo la Modificación No. 5, fueron terminadas el 20 de abril de 2008. Al día siguiente, Elsamex solicitó a Inocsa la emisión del Certificado de Terminación de Obras ("CTO") (Demandante, Doc. 17, SdA). De una parte, Inocsa le contestó a Elsamex a los 3 días señalando que, en vista de que Elsamex había finalizado las obras contenidas en la Modificación No. 5, Inocsa había procedido a realizar la evaluación de la situación final del Proyecto para poder pronunciarse sobre la solicitud de Elsamex. Por la otra parte, el 22 de abril de 2008, Inocsa le reportó a SOPTRAVI que: (i) las obras contenidas en la Modificación No. 5 habían concluido el 20 de abril; y (ii) el Contratista le había informado que a partir del 23 de abril realizaría los trabajos de reposición de vialetas. Asimismo, Inocsa recalcó que el plazo del Contrato de Supervisión había concluido el 18 de abril por lo cual Inocsa adjuntaba un estimado de costos adicionales para continuar supervisando el Proyecto, evaluar el estado final de la Carretera, obtener las muestras de los 5 kms. de carpeta asfáltica colocada entre las estaciones 17+000 y 22+000, y proceder a preparar los informes que contractualmente estaba en la obligación de presentar para el cierre del Proyecto (Elsamex, Doc. D-161, MRFyCR).

78. El 24 de abril de 2008, Inocsa solicitó autorización de SOPTRAVI para deducir de la Estimación 37, los pagos efectuados a la fecha al contratista por las reparaciones de fallas prematuras aparecidas en la carpeta asfáltica, ya que su recomendación era que las mismas fueran absorbidas por el constructor. (Honduras, Anexo 9-OO, Sección 8.1, MCD).

79. Luego, el 29 de abril de 2008, Inocsa le comunicó a Elsamex que, previo a la emisión del CTO, debía ejecutar las siguientes actividades pendientes que ya había solicitado en el pasado mediante oficios o en la bitácora, porque de lo contrario no podía considerarse terminado el Contrato (Elsamex, Doc. 19, SdA; Honduras, Anexo 7, MCD)³²:

- a) Limpiar las alcantarillas: para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de drenaje.
- b) Reparar fallas piel de cocodrilo en la segunda capa: a menos de un año de haberse colocado la segunda capa de concreto asfáltico, entre las estaciones 0+400 y 16+000

³² Ver oficio RL-59/2008 del 29 de abril de 2008.

- se observan daños severos en la carpeta asfáltica en varios tramos y, en otros, la aparición de fisuras.
- c) Reparar cunetas revestidas que fueron dañadas durante la ejecución de los trabajos de reparación de fallas entre las estaciones 17+000 y 21+000 por el equipo sobre orugas.
 - d) Retirar el material colocado en las cunetas y perfilarlas adecuadamente: entre las estaciones 29+500 y 33+000 se aprecia que el material producto de las excavaciones de rehabilitación de hombros ha sido colocado en la cuneta modificando los niveles originales de la misma.
 - e) Realizar reparaciones varias en las estructuras de drenajes construidas y existentes que resultan necesarias por daños causados por el equipo de Elsamex, según se informó en oficio RL-67/2007.
80. El 2 de mayo de 2008, Elsamex contestó la solicitud de Inocsa indicando que: (a) procedería a limpiar alcantarillas y cunetas; (b) para reparar la piel de cocodrilo en la segunda capa necesitaba la aprobación del presupuesto presentado el 23 de noviembre de 2006³³; (c) durante la semana siguiente procedería a ejecutar los trabajos de reparación de fallas imputables a Elsamex como consecuencia de los daños a las estructuras de concreto; y (e) durante la semana siguiente retiraría el material colocado en las cunetas, conforme a lo solicitado. (Elsamex, Doc. D-57, MD; Honduras, Anexo 9PP, MCD).
81. El 7 de mayo de 2008, Elsamex solicitó a Inocsa tramitar la Estimación No. 37 (Elsamex, Doc. 19, SdA).
82. El 8 de mayo de 2008, Inocsa contestó la inquietud de Elsamex sobre la aprobación del presupuesto para reparar la piel de cocodrilo indicando que no era procedente la aprobación de precios unitarios ni la correspondiente ampliación del presupuesto del Contrato porque Elsamex era responsable de corregir los defectos de los que tuviera conocimiento antes de que finalizara el periodo de responsabilidad por los mismos. Asimismo Inocsa indicó los oficios en los cuales se había remitido el inventario de zonas a reparar en la Carretera, adjuntó las fotografías correspondientes, y señaló que dichos trabajos no habían sido ejecutados a la fecha. (Honduras, Anexo 51, MCH).
83. El 12 de mayo de 2008, la Carretera fue inaugurada por el Presidente de Honduras.
84. El 13 de mayo de 2008 Inocsa le solicitó a Elsamex enviar los ensayos realizados a cada uno de los materiales que componían la estructura del pavimento y demostrar que las fallas en la estructura del pavimento (base estabilizada, carpeta asfáltica y subrasante) no le eran atribuibles, pues de lo contrario, debía proceder a repararlas a su propio costo. Asimismo, Inocsa le señaló a Elsamex que, simultáneamente con la reparación debía efectuar la limpieza completa del Proyecto y, advirtió que, hasta no realizar dichas actividades, no emitiría el CTO (Elsamex, Doc. D-57, MD). En esa misma fecha Inocsa le anunció a Elsamex que no pagaría la Estimación No. 37 (porque a juicio de la Administración la misma implicaba el cierre de la obra de la Modificación No. 5) hasta que Elsamex no procediera a reparar los defectos señalados (Honduras, Anexo 7, MCD).³⁴

³³ Nótese que no hay registro en el archivo de una comunicación en la fecha referida en la que conste aquella solicitud.

³⁴ Ver oficio RL-63/2008 del 13 de mayo de 2008.

85. El 15 de mayo de 2008 SOPTRAVI le solicitó a Elsamex ampliar las Garantías de Fiel Cumplimiento de conformidad con lo pactado en la Modificación No. 5 porque estaban por vencerse y para evitar problemas en la tramitación de futuras estimaciones (Honduras, Anexo 48, MCH).
86. El 20 de mayo de 2008, Inocsa le escribió una comunicación a SOPTRAVI indicando que habían transcurrido 29 días desde la solicitud de emisión del CTO presentada por Elsamex pero el Contratista no había atendido las instrucciones de Inocsa de proceder a corregir los defectos identificados y comunicados desde el 17 de diciembre de 2007. Teniendo en cuenta que el Contrato definía que el periodo para que corregir estos defectos o deducirlos de la liquidación final era de 56 días, Inocsa le solicitó a SOPTRAVI que: (a) le exigiera dicha corrección al Contratista, o (b) manifestara si consideraba que la reclamación por defectos de la Supervisión no era procedente.
87. En vista de que la Estimación No. 37 no había sido tramitada y aprobada, el 23 de mayo de 2008, Elsamex solicitó nuevamente a Inocsa tramitar dicha Estimación (Elsamex, Doc. 19, SdA). Honduras no pagó la Estimación 37³⁵ ni devolvió las retenciones a Elsamex, con base en que Elsamex no había procedido a corregir las fallas que presentaba la Carretera (Elsamex, ¶247, MRFyCR).
88. El 9 de junio de 2008, Elsamex solicitó la devolución de los valores retenidos en los pagos de las Estimaciones No. 29 a 36, es decir, un importe total de USD\$91.863,06 (adjuntando el recibo de las retenciones de pago para la firma y devolución por parte de Inocsa), correspondientes a los trabajos ejecutados bajo el amparo de las Modificaciones No. 3 y No. 4 (ver oficio TD-084/08 en anexos al Informe Mensual de Inocsa de junio de 2008 en Honduras, Anexo 9-QQ, MCD). En respuesta, el 13 de junio de 2008, la DGC le indicó a Elsamex que la Cláusula 48 del Contrato preveía que la devolución de retenciones sólo sería contra la recepción satisfactoria de la obra y la presentación de una garantía bancaria aceptable para la DGC/SOPTRAVI por el mismo valor total retenido y con vigencia igual al Periodo de Responsabilidad por Defectos (ver oficio DGC 1750 en Elsamex, Doc. D-154, MRFyCR).³⁶
89. El 11 de junio de 2008, Inocsa respondió la solicitud informándole a Elsamex que desconocía cuáles defectos había reparado por su cuenta y, en virtud de la Cláusula 42 del Contrato, ordenándole deducir del certificado de pago, los costos por concepto de (i) limpieza final del Proyecto por valor de USD\$25.000; (ii) diferencia de precios de la reutilización de material base estabilizada; (iii) intereses de mora por la demora en los pagos de estimaciones solicitadas en periodo sin Contrato; (iv) costos de stand-by de personal y equipos por periodo de paralización entre el 4 de diciembre y el 26 de febrero; (v) reclamos por cantidades adeudadas por las Modificaciones No. 1 a 5 y (vi) tramos de base estabilizada con emulsión que comprenden un costo total de USD\$249.423,51.

³⁵ Confirmar cuándo fue presentada por Elsamex.

³⁶ Nótese que existe una contradicción en los hechos porque: (a) la DGC adjunta tanto la referencia a la Cláusula 48 en los Datos del Contrato que aparece en la pág. 29 del Contrato original como la especificada en la Modificación No. 4 al Contrato FAD, en la cual se indicaba que procedía la devolución de los pagos hasta la Modificación No. 2 inclusive financiada con los fondos FAD pero se continuaba efectuando la retención por los pagos financiados con el Programa de Reforma de Gestión Pública continúan (sugiriendo en su oficio que ello aplicaba para los trabajos ejecutados bajo las Modificaciones No. 3 y 4); y al mismo tiempo (b) adjunta una copia de la certificación de SOPTRAVI aceptando la constitución de la Garantía de Calidad por el 5% del monto comprendido por las Modificaciones No. 3 y 4.

Además, Inocsa recalcó que por instrucciones de la DGC, las reparaciones realizadas sobre la primera capa de concreto asfáltico entre las estaciones 17+000 y 22+300 debía ser asumidas por el Contratista, como responsable de estos defectos, y en vista de que los fondos incluidos en la estimación no eran suficientes para amortizar este monto, la diferencia podría ser cubierta por SOPTRAVI con las garantías. (Elsamex, Doc. 20, SdA; Anexo 51, MCH). En la misma fecha, Inocsa envió comunicación a SOPTRAVI indicando que, según sus instrucciones, había solicitado a Elsamex el pago del costo total de las reparaciones de las fallas prematuras en la carpeta asfáltica, y había procedido a efectuar la deducción del valor total de la Estimación No. 37, quedando un saldo sin amortizar. Igualmente, Inocsa informó a SOPTRAVI que Elsamex había manifestado su negativa de reparar los defectos de la obra comunicados desde hacía varios meses, lo cual encajaba dentro de la sección de Rescisión del Contrato por incumplimiento grave del mismo, que a su vez daba lugar a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y a la aplicación de la indemnización o multa por daños y perjuicios (USD\$1.339,45 por cada día de retraso) desde el 4 de abril de 2008 (referencia 49 en los Datos del Contrato) (ver oficio RL-73/2008 en Elsamex, D-189, MRFyCR; Cláusula 59 del Contrato).

90. El 11 de junio de 2008, Elsamex, Inocsa, la Unidad Ejecutora (SOPTRAVI) y la DGC realizaron una inspección al Proyecto. El 16 de junio SOPTRAVI le remitió al Director General de Carreteras un resumen de la inspección realizada el 11 de junio - por instrucciones del Ministro de SOPTRAVI - firmado por todos los participantes (salvo Elsamex), en el que se indicaba: (i) la falta de limpieza de las alcantarillas y cunetas, (ii) los deterioros de las estructuras de concreto construidas (bordillos y cunetas), y (iii) el deterioro de la carpeta asfáltica en varias juntas de construcción y los agrietamientos severos (tipo piel de cocodrilo) en varios tramos de la Carretera. Al respecto SOPTRAVI concluyó lo siguiente (Honduras, Anexo 51, MCH):
- a) Las reparaciones debían realizarse de inmediato para evitar deterioros y se estimaba que las mismas costaban aprox. USD\$580,000.
 - b) Era necesario asegurar el correcto funcionamiento de las estructuras de drenaje, realizando la primera limpieza de alcantarillas y cunetas y en algunos casos el perfilado de éstas cuyo costo estimado era de USD\$15,000.
 - c) En vista de que el Contratista había comunicado que no realizaría estas reparaciones, debía afectarse de inmediato las garantías vigentes de Fiel Cumplimiento.
 - d) Se recomendaba aplicar lo previsto en la Cláusula 49 sobre liquidación por daños y perjuicios del Contrato de Construcción desde la fecha de vencimiento del plazo de la Modificación No. 5.
91. El 17 de junio de 2008, Elsamex contestó la comunicación de Inocsa del 11 de junio anterior en la que solicitaba descontar los importes, rechazando plenamente, una a una, el fundamento de dichas instrucciones y, recalcando que las mismas fueron extemporáneas por cuanto el periodo de revisión era de 8 días en lugar de los 51 días que Inocsa se había tomado (Elsamex, Doc-20, SdA).
92. El 17 de junio de 2008, Inocsa le informó a Elsamex que no procedía la devolución de los valores retenidos solicitada el 11 de junio anterior ya que, según los Datos del Contrato contenidos en las Modificaciones No. 3 y No. 4 (haciendo énfasis en la referencia a la Cláusula 48 en el Contrato FAD), la misma sólo procedería luego de la "recepción satisfactoria de la obra". Frente a lo anterior, Elsamex contestó el 19 de junio de 2008, resaltando el último texto de la referencia en la Modificación No. 5 vigente para entonces. Inocsa a su vez contestó el 30 de junio de 2008 indicando que la solicitud de devolución no incluía los valores contenidos en la Modificación No. 5 por lo cual se debía respetar lo

dispuesto en la Modificación No. 4 (Ver oficios RL-75/2008, TD-101/08, IR-78/2008 en Elsamex, Doc. D-153-154, MRFyCR).

93. El 23 de junio de 2008, Inocsa le envió una carta a Elsamex explicando detalladamente los incumplimientos de Elsamex, el uso de su facultad de deducciones y cómo funcionaban las multas y, resaltando que Elsamex estaba efectuando cobros dobles (Elsamex, Doc-143, MD; Honduras, Anexo 51, MCH).
94. El 25 de junio de 2008, SOPTRAVI le comunicó a Elsamex que, al no contar con un CTO y en vista de que la Garantía de Calidad emitida por el Banco Atlántida estaba por vencerse el 2 de julio de 2008, Elsamex debía extender la misma por un periodo no menor a 365 días, de conformidad con los Datos del Contrato relacionados con la Cláusula 35 del Contrato. SOPTRAVI advertía además que, de no contar con la ampliación de la vigencia de la Garantía de Calidad a la fecha de vencimiento de la misma, la entidad se vería obligada a ejecutarla. (Honduras, Anexo 49, MCH).
95. El 15 de julio de 2008, Inocsa le reclamó a Elsamex que a la fecha no hubiera corregido los defectos y estuviera intentando desviar la atención del asunto. Asimismo, Inocsa le comunicó a Elsamex los resultados detallados de los ensayos técnicos que había realizado, resaltando la responsabilidad del Contratista en las fallas de la Carretera. (Elsamex, Doc-64, MD; Honduras, Anexo 51, MCH).
96. El 25 de julio de 2008, Elsamex sometió otras controversias que surgieron por la misma época a la consideración inicial de la Dirección (mediante Oficio TD-207/08) y en el mismo escrito le recordó a la República de Honduras que de no pronunciarse al respecto del nombramiento de un conciliador de mutuo acuerdo, tanto las controversias que persistían a la fecha, como las nuevas, serían sometidas al mecanismo de resolución de controversias previsto en la Cláusula 25 del Contrato (Elsamex, Doc. 7, SdA). En vista de la pasividad de la Demandada frente a sus reclamaciones y solicitudes, Elsamex se dirigió al Presidente de la República el 25 de julio de 2008, anunciando que se vería obligada a iniciar el presente arbitraje (Elsamex, Doc. 8, SdA).
97. El 12 de agosto de 2008 SOPTRAVI emitió una certificación aprobando la enmienda de la Garantía de Calidad del Contrato original.³⁷
98. El 25 de agosto de 2008, SOPTRAVI reprodujo sustancialmente su comunicación del 16 de mayo, solicitando prueba de "las decisiones" tomadas por Inocsa y comunicadas a Elsamex para poderse pronunciar sobre la materia. A modo de respuesta, el 4 de septiembre de 2008, mediante Oficio TD-209/08, Elsamex le recalcó a SOPTRAVI el vencimiento del plazo de 60 días, del cual disponía para resolver las controversias sometidas a su consideración, y la operación del silencio administrativo positivo al que se refieren los Artículos 28 y 29 de la LPA. Finalmente, al considerar que ya había agotado toda posibilidad de procedimiento previo, y que SOPTRAVI se había valido de su inacción y silencio para obstaculizar el agotamiento del procedimiento escalonado de resolución de controversias previsto en el Contrato, Elsamex estimó pertinente anunciar en la misma comunicación su decisión de iniciar el procedimiento arbitral ante Centro Internacional de Arreglo de Diferencias ("CIADI" o el "Centro"), siendo éste el centro previsto en los Contratos (Elsamex, Doc. D-75, MCEJ).

³⁷ Esta información consta en el texto de un oficio de Elsamex a SOPTRAVI acusando recibo de la misma. (Elsamex, Doc.D-67, MCEJ).

99. El 5 de septiembre de 2008, Elsamex le recordó a SOPTRAVI que a la fecha no había recibido respuesta de la DGC frente a la decisión de Inocsa de negarse a emitir el CTO que fue sometida a su revisión. Además, Elsamex le notificó la ampliación del plazo de la Garantía de Calidad en aras de que la DGC dispusiera de los 60 días de plazo requeridos para dirimir la controversia sobre la emisión del CTO dispuestos en la Cláusula 24 del Contrato. Adicionalmente, Elsamex le recordó a SOPTRAVI que los trabajos ejecutados bajo la Modificación No. 2 habían finalizado el 3 de mayo de 2007, habiéndose vencido para entonces el Periodo de "Responsabilidad por Defectos" de la Cláusula 48.2 del Contrato, frente a lo cual la solicitud de SOPTRAVI de ampliar la garantía "por un plazo no menor a 365 días" bajo la amenaza de ejecución de las Garantías existentes, implicaba la abusiva pretensión de extender el periodo de responsabilidad del Contrato violando los derechos contractuales de Elsamex. Finalmente, Elsamex advirtió que los trabajos a su cargo fueron terminados y entregados, y cumplieron escrupulosamente con las especificaciones sin presentar defecto alguno cubierto por la Garantía, por lo que Elsamex no dudaría en acudir a las instancias legales de ejecutarse indebidamente la Garantía. En la misma fecha Elsamex le recordó a Inocsa las reclamaciones presentadas al Contratante por un importe superior a los USD\$8.000.000 más intereses moratorios y costos procesales si aplican, de los cuales gran parte se refieren a acciones u omisiones imputables a Inocsa, resaltando la negativa a emitir el CTO (ver oficios TD-210/08 y TD-105/08 en Elsamex: Doc. D-67, MCEJ; Doc. D-150, MD).
100. El 8 de septiembre de 2008, Inocsa le envió una comunicación a Elsamex en relación con sus reclamaciones a SOPTRAVI el 5 de septiembre anterior, recomendándole que revisara la correspondencia contentiva de la posición del Gerente de Obras relativa a cada uno de los reclamos planteados por el Contratista y las correspondientes razones por las cuales Inocsa no los consideraba procedentes y, a su vez Inocsa le reiteró a Elsamex que no emitiría el CTO hasta que repararan los defectos de la Carretera. (Honduras, Anexo 51, MCH).
101. Para entonces habían brotado múltiples diferencias en cuanto a la responsabilidad de las fallas y defectos que aparecieron en la Carretera. Elsamex se negaba a reparar los defectos que no se hubiere probado le fueren imputables y, en particular, a efectuar el mantenimiento de la Carretera desde la fecha de terminación de obras al considerar que dicho mantenimiento era responsabilidad de la Administración (Elsamex, ¶156, MRFyCR). Asimismo, Inocsa y SOPTRAVI consideraban que Elsamex no había cumplido con sus obligaciones contractuales porque no había procedido a sanear los defectos identificados y cuya corrección había sido ordenada por Inocsa (Elsamex, ¶260, MD).
102. El 18 de septiembre de 2008 Inocsa envió un oficio citando la Cláusula 59.2(e) de las Condiciones del Contrato relativa a la Rescisión del Contrato: *«el Gerente de Obras notifica que no corregir un defecto determinado constituye un caso de incumplimiento grave del Contrato, y el contratista no procede a corregirlo dentro del plazo que el Gerente de Obras considere razonable»*. De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que habían transcurrido 10 meses desde la primera comunicación solicitando corrección de defectos, Inocsa consideró que Elsamex había incurrido en un incumplimiento grave de terminación de las obras y adjuntó la documentación que estimó evidenciaba dicho incumplimiento (11 oficios desde diciembre de 2007 y un acta de visita conjunta) (Honduras: Anexos 7 y 51, MCH).³⁸

³⁸ Ver oficio RL-86/2008 del 18 de septiembre de 2008.

103. Sucesivamente, el 22 y 24 de septiembre de 2008, SOPTRAVI solicitó la ejecución de la Garantía de Calidad³⁹ y las Garantías de Fiel Cumplimiento⁴⁰ respectivamente, girando las correspondientes comunicaciones ante las instituciones bancarias CITIBANK de Honduras y Banco Atlántida, considerando que dichas garantías estaban por vencerse sin que Elsamex hubiere corregido los defectos ordenados por el Inocsa (Elsamex, Docs. 24 y 25, SdA). SOPTRAVI justificó su proceder como medida preventiva frente al vencimiento de las Garantías y con base en la carta del Inocsa emitida el 18 de septiembre de 2008 al considerar que la misma constituía el Certificado de Incumplimiento de Terminaciones de Obras ("CITO") (Elsamex, ¶93 y ss., MCEJ; Honduras, ¶122 y Anexos 7 y 8, MCD).
104. El 30 de septiembre de 2008, las Partes alcanzaron un acuerdo en virtud del cual (Elsamex, Doc. 26, SdA):
- a) Elsamex solicitaría la ampliación de las Garantías de Fiel Cumplimiento y la Garantía de Calidad el 1ero de octubre de 2008 (por un periodo de 3 meses), siempre y cuando el Banco Atlántida enviara un swift al Deutsche Bank (contra avalista) solicitándole anular la orden de ejecución y la correspondiente ampliación de la garantía. En el caso del CITIBANK sólo fue necesaria la ampliación por cuanto aún no se había solicitado la ejecución de la Garantía.
 - b) SOPTRAVI suspendería la ejecución y no retiraría los cheques emitidos por los bancos hasta el 1ero de octubre de 2008, esperando confirmación de la ampliación de las Garantías.
 - c) Las Partes realizarían una visita *in situ* dentro de los 15 días siguientes basada en el listado de fallas.
105. El 3 de octubre de 2008, SOPTRAVI remitió el Acuerdo adoptado por las Partes el 30 de septiembre de 2008 al Banco CITIBANK de Honduras y al Banco Atlántida (Elsamex, Doc. 27, SdA).
106. Elsamex procedió a efectuar la solicitud de ampliación de las Garantías a BANCATLÁN y CITIBANK el 23 de octubre de 2008 e informó a SOPTRAVI de las posibles demoras en el trámite (Elsamex, Doc. 28, SdA).
107. El 29 de octubre de 2008, el Contratista, la Supervisión y la Unidad Ejecutora se reunieron para realizar una inspección *in situ* del Proyecto pero la misma fue pospuesta por solicitud de Inocsa, ya que no estaba preparada para una discusión técnica, en vista de la ausencia de su experto en pavimentos y dado que Elsamex no había aportado los datos para su defensa. Se acordó que dentro de los 10 días siguientes: (a) Elsamex aportaría un documento justificativo de que no era responsable de las fallas listadas por Inocsa, e (b) Inocsa aportaría los resultados de los ensayos complementarios solicitados por Elsamex, especialmente los referentes a dureza del betún utilizado y a la falta de adherencia de concreto asfáltico, así como cualquier otro de que dispusiera y fuera pertinente para las imputaciones. Una vez que se contara con ambos documentos, se convocaría a otra visita técnica con presencia del experto de Inocsa para determinar de forma consensuada las fallas realmente imputables a Elsamex y el plazo de reparación (Elsamex, D-195, MDR).

³⁹ Ver oficios DM No. 0478-08 y DGC No. 3049-08

⁴⁰ Ver oficio DGC No. 3049-08.

108. El 18 de noviembre de 2008, Elsamex le informó a SOPTRAVI que si bien solicitó la ampliación de las Garantías de Fiel Cumplimiento y Garantía de Calidad de la Obra desde el 23 de octubre anterior (adjuntando comprobante de los *swifts* del banco español a los bancos hondureños), los bancos hondureños aún continuaban en proceso de emisión, por lo cual solicitó la comprensión de la Administración por la demora de su respectiva presentación (Elsamex, Doc. 28, SdA).
109. El 21 de noviembre de 2008, de conformidad con lo convenido en la reunión del 29 de octubre anterior, Elsamex adjuntó el documento de réplica relativo a los problemas detectados en el pavimento de la Carretera (Informe Intevía I) (Elsamex, Apéndice 26 y Doc. D-70, MCEJ). En esa misma fecha el Banco Atlántida emitió un cheque por el importe de la Garantía de Calidad que cubría el total de los Contratos originales a favor de SOPTRAVI.
110. El 24 de noviembre de 2008, Elsamex envió una comunicación a SOPTRAVI recapitulando los acontecimientos relativos a la ejecución de las Garantías y su correspondiente suspensión resaltando lo siguiente (Elsamex, Doc. D-70, MCEJ):
- a) Elsamex ha cumplido con todas sus obligaciones y suscrito el acuerdo del 30 de septiembre de 2008 de buena fe en aras de buscar una solución y terminar el Proyecto de la mejor forma posible.
 - b) Luego de que Inocsa faltara a la inspección que debió realizarse de manera conjunta según lo convenido, SOPTRAVI pretendió acusar a Elsamex de no presentarse a la misma. Esto indica que SOPTRAVI quiere, bajo cualquier excusa, proceder a ejecutar las Garantías, violando el acuerdo alcanzado por las Partes.
 - c) El valor total de los perjuicios estimados por la Administración el 16 de junio de 2008 fue de USD\$595.000, lo que resulta significativamente inferior al valor total cubierto por los Garantías, de modo que ejecutarlas en todo caso resultaría improcedente.
 - d) Elsamex se reserva el derecho a su defensa ante los actos violatorios de la Administración.
111. El 4 de febrero de 2009 el Banco CITIBANK de Honduras emitió 2 cheques por el importe total cubierto por las Garantías de Fiel Cumplimiento a favor de SOPTRAVI.
112. Finalmente, las Garantías representativas de un valor total de USD\$3.754.608,47 equivalente a L\$70.943.702,50, se hicieron efectivas a favor de SOPTRAVI mediante 3 cheques (2 de CITIBANK y 1 del Banco Atlántida)⁴¹ remitidos a la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas mediante Oficio No. DM 055-09 del 2 de marzo de 2009 (Elsamex, ¶122, MCD).

I. ESTADO ACTUAL DE LA CARRETERA

113. El estado actual de la Carretera en el tramo Tegucigalpa-Ojo de Agua refleja un deterioro o envejecimiento prematuro, según las distintas zonas de la Carretera.
114. El tramo urbano inicial es el más grave, con agrietamiento severo y piel de cocodrilo generalizada. Los tramos con fallas geológicas también se han visto afectados

⁴¹ Los cheques correspondían al valor total de la Garantía de Calidad por el contrato original y las Garantías de Fiel Cumplimiento tanto del Contrato FAD como del Contrato Mitch, sin embargo, no incluían la Garantía de Calidad que cubría las Modificaciones No. 3 y 4.

significativamente, particularmente en aquellos casos en que el tratamiento de las mismas fue provisional o que no se había contemplado en el Proyecto, se observan derrumbes e incluso ida de la Carretera. Hay ciertos tramos de montaña con problemas aislados, particularmente entre el kilómetro 6 al kilómetro 23. Finalmente, en el Valle del Zamorano y las demás zonas de la Carretera no se observan problemas significativos.

115. Para evitar repeticiones, los problemas concretos de cada uno de estos tramos se describirán en detalle en la sección de Análisis correspondiente. Sin embargo, vale la pena recalcar que las Partes y sus respectivos peritos presentan explicaciones disímiles sobre las fallas de la Carretera, como se verá más adelante.

II. CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

A. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

116. El 17 de marzo de 2009, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o "el Centro") recibió de Elsamex, S.A., una sociedad constituida bajo las leyes de España, ("Elsamex", la "Demandante", el "Contratista"), una solicitud de arbitraje contra la República de Honduras ("Honduras", "la Demandada" o el "Contratante").
117. El 18 de marzo de 2009, el Centro acusó recepción de la solicitud por correo electrónico, y el 23 de marzo de 2009, lo hizo por mensajería internacional.
118. El 27 de marzo de 2009 el Centro transmitió copia de la misma a la República de Honduras y a la Embajada de Honduras en la ciudad de Washington, D.C., de acuerdo con la Regla 5(2) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI ("Reglas de Iniciación del CIADI").
119. La solicitud se refiere a una diferencia entre Elsamex y Honduras en relación con el Proyecto instrumentado en los Contratos.
120. En su solicitud, la Demandante invoca la cláusula 25 de los Contratos, en donde se establece un procedimiento escalonado de resolución de diferencias que incluye el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("Convenio del CIADI", "Convenio de Washington", o "Convenio").⁴² La República de Honduras ratificó el

⁴² Nótese que el Reino de España y la República de Honduras suscribieron un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones el 18 de marzo de 1994 en Tegucigalpa, el cual entró en vigencia desde el 23 de mayo de 1996 (el "APPRI"). En Honduras este APPRI fue incorporado en el Decreto 73 de 1995. Dicho acuerdo dispone que permanecerá en vigor por un periodo inicial de diez años y se renovará por tática reconducción por periodos consecutivos de dos años. Cada parte del APPRI tiene derecho a denunciar el mismo mediante notificación previa por escrito seis meses antes de su expiración. En caso de denuncia, las disposiciones del APPRI seguirán aplicando por un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de la notificación. A la fecha de los sucesos de que trata este Laudo no se conocía, ni a la fecha de su emisión se conoce, que el APPRI hubiere sido denunciado por cualquiera de las partes del mismo. Por lo tanto, el Árbitro Único entiende que el APPRI continúa vigente. No obstante lo anterior, ello resulta irrelevante para efectos de este Laudo ya que

Convenio de Washington el 14 de febrero de 1989 (entrada en vigor el 16 de marzo de 1989). El Reino de España ratificó el Convenio de Washington el 18 de febrero de 1994 (entrada en vigor el 17 de septiembre de 1994).

121. El mismo 27 de marzo de 2009, el Centro solicitó a Elsamex presentar comentarios aclarando porqué en una parte de la solicitud de arbitraje hacía referencia al acceso al arbitraje ante el fracaso de una conciliación y, en otra, la Cláusula 25.2 de los Contratos se refería a la posibilidad de someter la decisión del conciliador al arbitraje.
122. El 3 de abril de 2009 Elsamex envió una comunicación al Centro en respuesta a la solicitud de información adicional antes referida, aclarando que: i) "la Cláusula 25 de los Contratos establece el consentimiento de las Partes al arbitraje, como última instancia acordada para la resolución de controversias derivadas de los Contratos, sometándose de ese modo las Partes a la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio de Washington"; y que asimismo, dicha cláusula también establece ii) "la sumisión de controversias a un procedimiento pre-arbitral de conciliación". Elsamex alude a sus infructuosos esfuerzos para que las controversias planteadas fueran sometidas a conciliación y al vencimiento del plazo de 60 días establecido en la Cláusula 24 de los Contratos para que se lleve a cabo tal proceso sin que Honduras hubiera emitido respuesta alguna a la correspondencia enviada por parte de Elsamex.
123. En palabras de la Demandante: "la parte que ha obstruido el procedimiento no puede unilateralmente y de forma indefinida retrasar la resolución de las controversias. Dicha conducta frustra la intención de las partes de resolver mediante arbitraje las controversias derivadas de los Contratos." Finalmente, cita el Artículo 25 del Convenio del CIADI sobre la prohibición para retirar unilateralmente el consentimiento dado por las partes para someterse al arbitraje pactado.
124. De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, el 15 de abril de 2009 el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud. En la misma fecha, de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación del CIADI, el Secretario General Interino notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje en cuanto les fuera posible.
125. Mediante comunicación escrita del 16 de abril de 2009, Elsamex propuso el nombramiento de un Árbitro Único, de conformidad con la Regla 2 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI ("Reglas de Arbitraje del CIADI"), invitando a la República de Honduras a efectuar una propuesta de varios candidatos, dentro de las personas que figuran en las Listas de Conciliadores y de Árbitros del Centro, para su consideración conjunta por ambas partes.
126. El 5 de mayo de 2009, Honduras solicitó al Secretario General Interino del Centro una prórroga con el fin de obtener el consenso previo de varias instituciones estatales para analizar la propuesta de integración del Tribunal efectuada por Elsamex. Mediante comunicación de la misma fecha, Honduras solicitó la terminación del procedimiento de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Elsamex no invocó la jurisdicción del CIADI con base en el APPRI en su Solicitud de Arbitraje ni su Demanda. Al contrario, Elsamex invoca la jurisdicción del CIADI con base en el acuerdo suscrito por las partes en el contrato objeto de análisis. En consecuencia, las referencias al APPRI en este Laudo se limitan a hacer alusión a los argumentos de Honduras sobre la materia y a las consecuentes réplicas de Elsamex.

127. El 6 de mayo de 2009, el Centro invitó a las Partes a consultar entre sí e informar conjuntamente al Centro, cualquier estipulación que las Partes pudieran acordar en cuanto al número de árbitros y el método para su nombramiento. Por otro lado, mediante comunicación de la misma fecha el Centro concedió plazo hasta el 14 de mayo de 2009 a Elsamex para pronunciarse en relación a la solicitud de terminación de Honduras.
128. El 7 de mayo de 2009, el Centro acusó recibo de una comunicación de la Demandante, referente a la constitución del Tribunal y concedió la prórroga de 15 días solicitada por Honduras. Asimismo, el Centro acusó recibo de las excepciones a la terminación del procedimiento solicitado por Honduras, tomó nota al respecto y, de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, determinó que se continuaría el procedimiento.
129. El 20 de mayo de 2009, la Demandada comunicó su aceptación a la propuesta de nombrar un Árbitro Único y manifestó su intención de realizar un análisis conjunto pormenorizado del perfil de los candidatos. Las Partes intercambiaron comunicaciones respecto al perfil del candidato y su nacionalidad.
130. Mediante correo electrónico del 2 de julio de 2009, Honduras solicitó la suspensión del procedimiento dada la situación política del país. El 10 de julio de 2009, Elsamex manifestó su desacuerdo al respecto. El 15 de julio de 2009, el Secretario General Interino comunicó a las Partes que, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el procedimiento se entiende iniciado con la constitución del Tribunal y que, por lo tanto, a la fecha, no existía procedimiento que pudiera ser sujeto a suspensión por parte del Centro.
131. El 16 de julio de 2009, Elsamex envió una comunicación mediante la cual observaba que habían transcurrido más de 90 días desde la fecha de envío de la notificación del acto de registro (13 de julio de 2009) sin que se hubiera constituido el Tribunal, y solicitaba al Centro que, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, nombrara el árbitro o los árbitros que aún no hubieran sido nombrados.
132. El 10 de agosto de 2009 el Centro propuso a las Partes la designación del señor Enrique Gómez-Pinzón, nacional de Colombia y miembro de la Lista de Árbitros del CIADI designado por dicho Estado. En agosto 17 de 2009 el Árbitro designado por el Centro presentó la declaración juramentada requerida y aceptó dicho nombramiento.
133. Conforme a lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el 18 de agosto de 2008, el Secretario General Interino notificó a las partes que el Árbitro Único había aceptado su nombramiento y que, en consecuencia, el Tribunal de Arbitraje se consideraba debidamente constituido en esa fecha. En el mismo acto, según lo establecido en la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las Partes que el señor Tomás Solís, consejero jurídico del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

B. EL PROCEDIMIENTO ESCRITO PREVIO A LA AUDIENCIA

134. De conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Árbitro Único recordó a las Partes que la primera sesión debía celebrarse dentro de los 60 días posteriores a la constitución del Tribunal, a menos que de común acuerdo las Partes convinieran una fecha posterior a dicho plazo. El Secretario propuso una Agenda Provisional. Durante el mes de septiembre las Partes intercambiaron distintas propuestas respecto a la Agenda Provisional.
135. El primero de octubre de 2009, el Secretario confirmó que la primera sesión del Tribunal de Arbitraje se celebraría el 15 de octubre de 2009, mediante conferencia telefónica. La misma se celebró a la hora y fecha acordadas. Las Partes estuvieron de acuerdo en la mayoría de los puntos relativos al procedimiento a seguir y, en lo demás, el Árbitro Único decidió al respecto, conforme disponen las Reglas de Arbitraje del CIADI. Al día siguiente las partes recibieron copia del Acta de la Primera Sesión del Tribunal de Arbitraje aprobada por el Árbitro Único.
136. El 11 de noviembre de 2009, la Demandada opuso excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. El 23 de noviembre de 2009 la Parte Demandante recibió de la Demandada una copia impresa del memorial de excepciones de jurisdicción.
137. El 22 de diciembre de 2009, la Demandante presentó el Memorial de Contestación a las Excepciones de Jurisdicción.
138. El 15 de enero de 2010 la Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski fue designada Secretaria del Tribunal, sustituyendo al Sr. Tomás Solís, luego de que éste dejara de pertenecer al CIADI.
139. El 23 de febrero de 2010, el Árbitro Único solicitó a las Partes la presentación de una copia de los Convenios de Crédito suscritos entre el Reino de España y la República de Honduras para el financiamiento del Proyecto.
140. El 24 de febrero de 2010, la Demandante presentó copias electrónicas del "Acuerdo por el cual se Aprueba el Plan de Medidas Urgentes de Ayuda a la República de Honduras para Paliar los Desastres Ocasionados por el Huracán Mitch, con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo", de la "Referencia del Consejo de Ministros" y del "Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureña".
141. El 5 de marzo de 2010, la Demandada presentó una copia electrónica del Convenio de Crédito suscrito por la Secretaría de Finanzas de Honduras (el 10 de junio de 2004) y el Instituto de Crédito Oficial del Reino de España (el 15 de junio de 2004).
142. El 4 de junio de 2010, el Árbitro emitió la Decisión sobre las Excepciones a la Jurisdicción.
143. El 22 de junio de 2010, Elsamex interpuso ante la Demandada una Solicitud de Exhibición de Documentos, la cual fue contestada por la Secretaria del Tribunal el 2 de julio de ese año indicando que el Árbitro Único invitaba a la República de Honduras a dar respuesta a la solicitud de Elsamex dentro del plazo establecido por la Demandante (9 de julio de 2010), si fuere posible y, en todo caso, antes del 23 de julio de 2010.
144. El 22 de julio de 2010, Juan C. Basombrio, socio de Dorsey & Whitney LLP se presentó ante CIADI como nuevo asesor legal designado por la República de Honduras, en

asociación con la Procuraduría General de la República, anexando el poder correspondiente.

145. Como el 23 de julio de 2010 la Demandante no había recibido respuesta de la República de Honduras respecto a la Solicitud de Exhibición de Documentos, Elsamex solicitó formalmente al Árbitro Único emitir una Orden por la que se requiriese a la Demandada a exhibir la documentación solicitada de conformidad con el numeral 13 del Acta Resumida de la Primera Sesión, y las Reglas 34(2) y 34(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
146. Posteriormente, en carta del 23 de julio de 2010, la República de Honduras respondió a la solicitud del Árbitro Único señalando que se procedió a remitir en tiempo y forma, vía mensajería Internacional, la fotocopia de la documentación solicitada, con las observaciones del caso, contenidas en el anexo del correo electrónico correspondiente. Dicha documentación fue recibida por la Demandante el 27 de julio de 2010, quien envió notificación del hecho a la Secretaría del CIADI el 28 de julio de 2010, solicitándole trasladar al Árbitro Único su solicitud de suspender la consideración de la emisión de la Orden de Exhibición de Documentos solicitada el 23 de julio y reservándose el derecho a formular solicitudes complementarias, si fuere necesario.
147. El 2 de agosto de 2010, Elsamex presentó el Memorial de Demanda.
148. El 16 de septiembre de 2010, la Demandada solicita a la Demandante su acuerdo para ampliar el plazo para la presentación del Memorial de Contestación hasta el 5 de noviembre. Elsamex acepta la propuesta el 17 de septiembre de 2010 con sujeción a ciertas condiciones relativas a la contabilización del plazo. La Demandada manifiesta su acuerdo con dichas condiciones en esa misma fecha. En consecuencia, el 18 de septiembre, la Secretaria del Tribunal envía comunicación a las Partes con el calendario procesal revisado.
149. El primero de noviembre de 2010 la República de Honduras solicita una segunda y final ampliación de seis semanas para presentar el Memorial de Contestación y pruebas hasta el 17 de diciembre de 2010 con base en la Regla 24 de Arbitraje del CIADI. Lo anterior por cuanto la Demandada debía contratar un perito para estos propósitos y dicha contratación a su vez debía cumplir con los requisitos del Estado y dar suficiente tiempo al perito para elaborar su dictamen. El 2 de noviembre de 2010, Elsamex presenta su postura contraria al respecto indicando que la misma era tardía e injustificada por cuanto la necesidad de contratación de un perito no era ninguna novedad.
150. El 3 de noviembre de 2010, los representantes de las Partes y el Árbitro Único sostuvieron una conferencia telefónica con miras a llegar a un acuerdo sobre la extensión del plazo. En dicha conferencia la Demandada propuso a modo de conciliación extender el plazo únicamente hasta el 3 de diciembre y los asesores de la Demandante quedaron con el encargo de consultar directamente con su cliente. El 4 de noviembre de 2010, Elsamex manifestó su negativa de acceder a una extensión adicional al plazo. En todo caso, Elsamex solicitó al Árbitro Único que, de decidir favorablemente la extensión al plazo adicional, los días comprendidos entre el 24 de diciembre y el 6 de enero (ambos inclusive), quedaran excluidos del cómputo del plazo para la presentación de la Réplica, según el acuerdo de las Partes, y manifestó a su vez, su disposición de acatar cualquier decisión que el Árbitro Único tomara definitivamente al respecto. En la misma fecha,

Honduras expresó estar de acuerdo con la propuesta de excluir el periodo de vacaciones del calendario procesal.

151. Luego de considerar las posiciones de las Partes, el 4 de noviembre de 2011, el Árbitro Único le concedió a Honduras una extensión del plazo para la presentación del Memorial de Contestación hasta el 3 de diciembre de 2010 mediante comunicación enviada por la Secretaria del Tribunal adjuntando la actualización del calendario procesal para las próximas actuaciones, excluyendo el periodo de vacaciones navideñas del calendario procesal, de conformidad con lo solicitado por las Partes.
152. El 3 de diciembre de 2010, Honduras presentó el Memorial de Contestación a la Demanda (Excepciones de Fondo) con Objeciones Adicionales a la Jurisdicción y Contrademanda (o Demanda de Reconvencción).
153. El 12 de diciembre de 2010, el Árbitro Único propone un nuevo calendario procesal en el cual los plazos para las presentaciones escritas de las Partes relacionadas con la Reconvencción (Contrademanda) coincidieran con los plazos fijados para las presentaciones que quedan sobre el fondo de la diferencia. Al efecto, se le otorga a las Partes un plazo hasta el 20 de diciembre de 2010 para que presenten sus objeciones a los ajustes al calendario procesal propuestos por el Árbitro Único.
154. El 13 de diciembre de 2010, la Demandante acusó recibo de la comunicación enviada por el CIADI sobre el nuevo calendario procesal para los memoriales relativos a la Reconvencción, manifestando su desacuerdo con la admisibilidad de las objeciones adicionales a la jurisdicción y recalando que, ni éstas ni la Reconvencción fueron tenidas en cuenta al momento de acordar el calendario procesal original, por lo cual, Elsamex se reserva el derecho a solicitar una extensión de tiempo si ello resultare necesario.
155. El 14 de diciembre de 2010, la Demandada acusa recibo de la propuesta del nuevo calendario procesal, y a su vez manifestó su desacuerdo con la posición de Elsamex en cuanto a la inadmisibilidad de las objeciones suplementarias a la jurisdicción, recalando el texto del Art. 41(1) en su integridad y citó precedentes que han considerado objeciones adicionales a la jurisdicción en el CIADI.
156. El 16 de diciembre de 2010, el Árbitro Único, en relación con las excepciones adicionales a la jurisdicción presentadas por la República de Honduras el 3 de diciembre de 2010 junto con su Memorial de Contestación, invitó a la Demandante a formular las observaciones que pudiera tener en cuanto a la admisibilidad de estas excepciones a más tardar el miércoles 22 de diciembre de 2010.
157. El 20 de diciembre de 2010, Elsamex envió comunicación al Centro manifestando que si la Demandante requería responder a las objeciones jurisdiccionales suplementarias (que consideraba inadmisibles por las razones expuestas en su carta del día 13 de diciembre de 2010), además de responder a una reconvencción, al mismo tiempo que tenía que preparar su Réplica sobre el fondo, entonces necesitaría tiempo adicional para terminar la Réplica y la Contestación a la Reconvencción. Para el efecto, Elsamex solicitó una extensión de dos semanas a partir del 4 de febrero de 2011, fecha en que inicialmente le correspondía presentar las mismas. Adicionalmente, Elsamex anotó en su comunicación que "la Reconvencción de un demandado que ha incumplido sus obligaciones financieras debería ser desestimada".

158. En comunicación de la misma fecha, Honduras manifestó al respecto que, si bien no presentaba objeción a la extensión en cuanto a la extensión para la presentación de la Réplica y la Contestación del Memorial, sí encontraba problemática la extensión para la presentación de las observaciones sobre la admisibilidad de las objeciones jurisdiccionales suplementarias porque el Árbitro Único ya había fijado que las mismas debían presentarse a más tardar el 22 de diciembre de 2010. Adicionalmente, Honduras recalcó que la anotación de Elsamex sobre la desestimación de la Reconvención por el incumplimiento de las obligaciones financieras de Honduras era falsa, por cuanto no existe regla que exija un pago para el efecto, y además buscaba causar un perjuicio a la Demandada, por lo cual no debería ser aceptada ni tolerada por el Árbitro Único.
159. Durante el mes de diciembre de 2010 las partes y el Árbitro Único intercambiaron comunicaciones para fijar las fechas y el lugar de la Audiencia.
160. Con respecto a dichas comunicaciones, el 20 de diciembre de 2010, el Árbitro Único comunicó que: (a) las excepciones adicionales a la jurisdicción serían decididas con el fondo de la controversia; (b) le otorgaba la extensión solicitada a Elsamex hasta el 18 de febrero de 2011; (c) el calendario procesal se contaría a partir de dicha fecha con los mismos plazos pactados por las Partes en la primera audiencia para los memoriales restantes; (d) la audiencia se celebraría en la ciudad de Tegucigalpa, tal y como lo habían acordado las Partes tanto en el Contrato como en la primera sesión del Tribunal y que (e) invitaba a las Partes a ponerse de acuerdo respecto a la fecha de la audiencia en cualquier semana de junio, a más tardar el 7 de enero de 2011.
161. El 6 de enero de 2011 Honduras envía comunicación informando que las Partes habían alcanzado un acuerdo y proponían que la Audiencia se celebrara durante la semana del 27 de junio de 2011. El 7 de enero de 2011 Elsamex confirma su acuerdo con la duración y fecha de la Audiencia informadas por Honduras.
162. El 4 de febrero de 2011 el Árbitro Único informó a las Partes que había reservado la semana del 27 de junio de 2011 para la Audiencia.
163. El 18 de febrero de 2011, Elsamex presentó el Memorial de Réplica sobre el Fondo de la Contestación a la Contrademanda. Seguidamente, el Centro informó que el plazo para presentar el Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica a la Reconvención era hasta el 7 de abril de 2011.
164. El 7 de abril de 2011, la República de Honduras presentó el Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica a la Reconvención.
165. El 26 de mayo de 2011, Elsamex presentó el Memorial de Dúplica a la Reconvención y Excepciones a la Jurisdicción.
166. El 16 de junio de 2011, Elsamex envió comunicación señalando que el oficio No. 330 D-PGR-2011 citado en la primera página del Anexo 41 del Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Memorial de Réplica en la Reconvención de la República de Honduras no se adjuntó, y solicitó copia del mismo. Atendiendo la solicitud de Elsamex, el 21 de junio de 2011 Honduras adjuntó copia del oficio en mención.

167. El 21 de junio de 2011, la República de Honduras envió comunicación objetando tanto la participación del Dr. Bernardo M. Cremades en la Audiencia como al alcance de la misma. En la misma fecha, el Dr. Cremades contestó la objeción.
168. El 21 de junio de 2011, el Árbitro Único manifestó que luego de haber analizado las respectivas posiciones de las Partes sobre el tema, no tenía objeción alguna a que el Dr. Cremades participara en la audiencia e invitó a la Demandante a que consignara de nuevo el poder otorgado a los abogados que estarían representando en este procedimiento.
169. Luego de emitida la decisión del Árbitro Único, la República de Honduras insistió nuevamente en su posición de objetar la designación tardía de Cremades y recalcó que el Dr. Cremades estaría utilizando su posición de ventaja para presentar su interpretación de decisiones del CIADI en las que participó como árbitro y ello resultaría antiético. Asimismo, la Demandada señaló que no hay regla aplicable que permita presentar un poder de abogado modificado a tan sólo 3 días de la Audiencia.
170. Entre el 21 y el 24 de junio de 2011, las Partes y el Centro intercambiaron comunicaciones sobre la inspección in situ de la Carretera, incluyendo los asistentes y los 15 sitios elegidos por cada Parte para el muestreo y la agenda para el efecto, invitando a los respectivos peritos de las Partes a que tomaran fotos a lo largo de la inspección de los puntos que les indique el Árbitro Único, las cuales deberían consignar luego como anexos, con la debida identificación de cada foto. Asimismo, se informó que la Secretaría levantaría un acta resumida de la inspección y se invitó a las Partes a indicar los nombres de las personas que asistirían por cada una de las Partes a la inspección.
171. El 23 de junio de 2011, Elsamex presentó la contestación a la carta de la Demandada radicada el 21 de junio pasado, mediante la cual se insistía en objetar la participación del Dr. Bernardo M. Cremades en la Audiencia, indicando que a pesar de que no estuviera incluido en el poder original, era completamente normal que dentro de la misma firma de abogados hubiera cambios en los abogados encargados del arbitraje según las circunstancias del caso. Asimismo, Elsamex recalcó que se había encargado de actualizar los poderes debidamente para permitir la participación del Dr. Cremades en la Audiencia.
172. El 23 de junio de 2011, tomando en consideración las comunicaciones del pasado 21 de junio y esa fecha, el Árbitro Único confirmó su decisión del 21 de junio de 2011, mediante la cual permitió la asistencia del Dr. Bernardo M. Cremades a la Audiencia, y adicionalmente aclaró el alcance de dicha participación.

C. LA AUDIENCIA

173. Entre el 27 y el 30 de junio de 2011 se llevaron a cabo las sesiones de la Audiencia y la inspección *in situ* de la Carretera. Al final de cada sesión las Partes recibieron un borrador de la transcripción de ese día.
174. El 29 de junio de 2011 se llevó a cabo la Inspección.
175. El 30 de junio de 2011, el Centro envió a las Partes copia de la versión corregida de las transcripciones de la Audiencia.

D. PROCEDIMIENTO ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

176. El 5 de agosto de 2011 las Partes radicaron su reportaje fotográfico respectivo de la inspección in situ de la Carretera.
177. El 10 de agosto de 2011 el Árbitro Único sometió a consideración de las Partes un listado de preguntas que quedaron pendientes en la Audiencia.
178. El 25 de agosto de 2011, el Centro envió a las Partes el Acta Resumida de la Inspección in situ de la Carretera.
179. El 25 de agosto de 2011 la Demandante, en nombre de ambas partes, presentó solicitud para la extensión del plazo para presentar sus respectivos escritos posteriores a la Audiencia (junto con las presentaciones sobre costos) hasta el viernes 9 de septiembre de 2011. En esa misma fecha, el Árbitro Único informó a las partes que la extensión solicitada sería concedida.
180. El 26 de agosto de 2011 el Centro envió a las Partes un USB con el audio recuperado de la Audiencia. El 5 de diciembre de 2011 la Demandante presentó una comunicación señalando una serie de correcciones que identificó en la revisión de las transcripciones de la Audiencia. En esa misma fecha, el Centro invitó a la Demandada a verificar y confirmar si se encontraba de acuerdo con las correcciones sugeridas por la Demandante a más tardar el 16 de diciembre.
181. El 9 de septiembre de 2011, Elsamex presentó el Memorial de Costos y los Alegatos de Cierre y la República de Honduras presentó el Memorial de Conclusiones.
182. El 14 de agosto de 2012 se cerró el procedimiento.

III. LA POSICIÓN DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO

1. Posición de Elsamex

183. Las reclamaciones de Elsamex que sirven de fundamento para la demanda se dividen principalmente en dos clases: (i) las reclamaciones derivadas de las imputaciones de Inocsa y de las actuaciones consecuentes de SOPTRAVI por la supuesta indebida calidad e indebida terminación del Proyecto; y (ii) las demás reclamaciones presentadas por Elsamex.

1.1. Reclamaciones de Elsamex derivadas de las imputaciones de Inocsa y actuaciones consecuentes de SOPTRAVI por la indebida calidad y terminación del Proyecto (Reclamaciones No. 4 y 5 de la Demanda)

184. Elsamex considera que las obras fueron ejecutadas de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas y alega que las teorías presentadas por Honduras

tanto en su defensa como en su contrademanda carecen de fundamento puesto que: (i) el concreto fue fabricado correctamente sin quemar o endurecer el betún; (ii) el concreto asfáltico no era excesivamente rígido y el parámetro de estabilidad no era demasiado alto; (iii) las carpetas asfálticas no están separadas por una defectuosa ejecución del riego de adherencia; y (iv) el concreto no es muy sensible al agua ni las partículas blancas de cuarzo afectan la resistencia a la acción del agua. Además, Elsamex advierte que los cálculos de los daños de la Demandada carecen de credibilidad por encontrarse desfasados de la realidad y basados en cantidades de obra extracontractuales. Finalmente, Elsamex argumenta que la reclamación de perjuicios de Honduras se basa en una teoría legal inaplicable.

185. En su lugar, la Demandante atribuye los problemas del pavimento a causas ajenas a su responsabilidad, principalmente imputables a los problemas de diseño de la estructura, resaltando: (i) el saneamiento inadecuado de la Carretera en cuanto a las deformaciones de las capas inferiores (debido a la mala calidad de la subrasante); (ii) la falta de drenaje adecuado que causó estancamiento de aguas, particularmente en las zonas de montaña y éste, a su vez, causó el agrietamiento de la vía; y, (iii) el indebido tratamiento de las fallas geológicas.
186. En criterio de Elsamex, la Carretera fue debidamente terminada el 20 de abril de 2008 por Elsamex, y entregada a más tardar en la inauguración oficial del 12 de mayo de 2008 por el Presidente de la República de Honduras. Sin embargo, Inocsa incumplió con sus obligaciones contractuales y se negó a emitir el Certificado de Terminación de Obra solicitado por Elsamex al finalizar las Obras, argumentando que Elsamex debía antes llevar a cabo la reparación de ciertas fallas que no le eran atribuibles y efectuar trabajos de limpieza que no le correspondían. Dicha negativa a emitir el CTO, junto con las imputaciones infundadas de Inocsa contra Elsamex, obligaron a Elsamex a incurrir en un costo diario adicional no previsto e impago y sirvieron de fundamento principal para que SOPTRAVI: (i) no tramitara la Estimación No. 37; (ii) ejecutara indebidamente las garantías de Fiel Cumplimiento y Calidad sin fundamento legal o contractual; y además, (iii) se negara a devolver las retenciones efectuadas al Contratista a partir de la Modificación No. 3. (Elsamex, ¶232-270, MD; ¶232-274, MRFyCR).
187. En consecuencia, Elsamex considera que la Administración incurrió en un incumplimiento contractual y se extralimitó en sus poderes, en detrimento de los derechos del Contratista, y por ello hay lugar a una compensación monetaria por todos los perjuicios causados.

1.2. Otras reclamaciones de Elsamex (Reclamaciones No. 1, 2 y 3 de la Demanda)

188. Además de las reclamaciones antes descritas, Inocsa y SOPTRAVI incumplieron otras de sus obligaciones contractuales que dan lugar a reclamaciones a favor de Elsamex, por los conceptos descritos a continuación:
- a) La indebida implementación de la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato (Ajuste de Precios) en materia de mano de obra, retroactividad, administración delegada y materiales pétreos.
 - b) Los trabajos adicionales impagos, incluyendo (i) la rehabilitación de hombros; (ii) el relleno con materiales de excavación; (iii) la excavación común, sub-base y base triturada; (iv) la prenivelación mediante la aplicación de concreto asfáltico; (v) la reparación en la falla de Km. 16; y (vi) los trabajos objeto de deducciones por Inocsa a la Estimación No. 34. (Elsamex, ¶102-104 y Apéndices 8-14, MD).

- c) Los trabajos extraordinarios que no estaban previstos en el Contrato original y por ende, respecto de los cuales no se había pactado un precio específico, y sin embargo fueron ordenados y no pagados, incluyendo: (i) la reparación de zonas inestables y los gastos de geomalla.
- d) Los daños y perjuicios sufridos por Elsamex como consecuencia de ciertas acciones u omisiones atribuibles al propietario, que dan lugar a compensación, incluyendo: (i) suspensiones y paralizaciones, y (ii) alteración del centro de gravedad de acarreo.

1.3. Reparación pretendida por Elsamex

1.3.1. Pretensiones Declarativas de Elsamex

189. Elsamex pretende que el Árbitro Único declare:

- a) Que no son admisibles las excepciones adicionales a la jurisdicción presentadas por la República de Honduras y las desestime íntegramente.
- b) Que todas y cada una de las reclamaciones formuladas por Elsamex en la Solicitud de Arbitraje de 17 de marzo de 2009 y en el Memorial de Demanda de 2 de agosto de 2010 son admisibles.
- c) Que el Centro tiene plena jurisdicción y el Árbitro Único competencia para conocer sobre el fondo de todas y cada una de las reclamaciones formuladas por Elsamex en la Solicitud de Arbitraje de 17 de marzo de 2009, el Memorial de Demanda de 2 de agosto de 2010 y el presente Memorial de Réplica.
- d) Que Honduras ha incumplido con sus obligaciones contractuales frente a Elsamex, incluyendo los Contratos, el AA, las Modificaciones y el acuerdo celebrado entre las partes el 30 de septiembre de 2008.
- e) Que Elsamex tiene derecho a que Honduras le pague las cantidades reclamadas, con base en los hechos y fundamentos contractuales y legales que han quedado expresados en el cuerpo del Memorial de Demanda.
- f) En relación con la Garantía de Calidad: (i) que ha vencido el periodo de Responsabilidad por Defectos de los trabajos cubiertos por la Garantía de Calidad irrevocable #1800007385; que la República de Honduras, a través de SOPTRAVI, ha ejecutado indebidamente la Garantía de Calidad; y (iii) que Elsamex tiene derecho a recuperar los costes y gastos en los que haya incurrido como consecuencia de las prórrogas indebidas de todas las garantías previstas en los Contratos, así como de la ejecución indebida de la Garantía de Calidad irrevocable # 1800007385.
- g) En relación con las Garantías de Fiel Cumplimiento: (i) que Elsamex ha cumplido todas las obligaciones cubiertas por las Garantías de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126; (ii) que Honduras, incluyendo SOPTRAVI, ha ejecutado indebidamente las Garantías de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126; y (iii) que Elsamex tiene derecho a recuperar los costes y gastos en los que haya incurrido como consecuencia de las prórrogas indebidas de las Garantías de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126, así como la ejecución indebida de las mismas.

- h) Que la fecha de terminación de las Obras y la fecha en que debe considerarse efectivo el Certificado de Terminación es desde el día 20 de abril de 2008.
- i) Que la recepción definitiva de las Obras a efectos del Artículo 56 de los Contratos se produjo el día 12 de mayo de 2008; y
- j) Que el Período de Responsabilidad por Defectos así como el período de garantía de fiel cumplimiento conforme a la Cláusula 52.1 de los Contratos han expirado a todos los efectos.

1.3.2. Pretensiones de Condena de Elsamex

190. Elsamex pretende que el Árbitro Único condene a la República de Honduras a:

- a) Aceptar y cumplir ("estar y pasar") las anteriores declaraciones.
- b) Pagar a Elsamex las siguientes cantidades:

Concepto	Monto
Reclamaciones derivadas de la implementación de la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato (Ajuste de Precios):	USD\$804.140,92
Trabajos impagados:	USD\$272.825,42
Trabajos extraordinarios impagados, de reparación de zonas inestables:	USD\$2.542.654,32
Gastos de geomalla:	USD\$59.540,00
Daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones del propietario que ocasionaron suspensiones y paralizaciones:	USD\$1.157.463,42
Daños y perjuicios derivados de la alteración del centro gravedad de acarreo:	USD\$70.276,44
Trabajos impagados contemplados en la Estimación No. 37:	USD\$401.685,78
Gastos que ha incurrido el Contratista (hasta agosto de 2010) como consecuencia del retraso injustificado en la emisión del CTO, y de los gastos adicionales en que incurra Elsamex hasta la fecha en que se emita dicho Certificado:	USD\$1.898.540,72
Retenciones indebidas, así como los gastos financieros incurridos como consecuencia del mantenimiento de la garantía #6/1207/393:	USD\$91.863,06
Indebida ejecución de la Garantía de Calidad #1800007385 por parte de SOPTRAVI, a manera de reembolso:	USD\$938.308,47 más intereses
Indebida ejecución de Garantías Bancarias de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126 por parte de SOPTRAVI, a manera de reembolso:	USD\$2.816.000,00 más intereses
Daños y perjuicios derivados de la ejecución injustificada e indebida de la Garantía de Calidad y las Garantías de Fiel Cumplimiento (gastos financieros y comisiones bancarias).	USD\$492.790,26
Intereses durante los periodos previos y posteriores al Laudo Final, conforme se establece en este Memorial de Demanda.	Por determinar
Todas las costas del arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos en los que ha incurrido la Demandante, así como los gastos administrativos del Centro y honorarios del Árbitro Único.	Por determinar

1.3.3. Pretensiones Relativas a la Contra-Demanda

191. Elsamex pretende que (a) se desestime la Contra-Demanda interpuesta por Honduras por valor de **USD\$16.545.075,00** en su totalidad; o en su defecto, que (b) se declare que la responsabilidad por daños y perjuicios del Contratista se encuentra limitada contractualmente, y que, en cualquier caso, deberá moderarse en función de las exigencias legales y limitarse a los daños que resulten probados. La base extracontractual por negligencia de la Reconvencción no tiene fundamento y por tanto debe ser desestimada.

2. Posición de Honduras

2.1. Fundamentos para rechazar las reclamaciones presentadas por Elsamex relacionadas con la fase de finalización del Proyecto (Reclamaciones No. 4 y 5 de la Demanda)

192. Honduras considera que Elsamex era responsable tanto por los defectos de construcción de la Carretera como por los problemas de diseño. A juicio de Honduras, la Carretera adolece de varios defectos generalizados en el trabajo de rehabilitación: fallas del pavimento, grietas, y desintegración del pavimento. Para la Demandada, dichos defectos de construcción demuestran que la Obra no fue terminada de conformidad con las especificaciones técnicas y la calidad requerida por el Contrato y, que el Contratista incurrió en un incumplimiento contractual. Asimismo, el hecho de que el Contratista se hubiera negado a corregir los defectos de la Carretera implica un incumplimiento contractual adicional, a juicio de Honduras.

193. Por lo expuesto, para Honduras: (i) Elsamex debió examinar el diseño del Proyecto; (ii) la Carretera no fue debidamente terminada y presentaba defectos de calidad por lo cual Inocsa tenía razones para no emitir el CTO; (iii) Elsamex tenía la obligación de reparar los defectos de calidad de la Carretera porque los mismos le eran atribuibles; (iv) Inocsa se vio obligado a emitir el Certificado de Incumplimiento de Obra; y finalmente, (v) la ejecución de las Garantías era necesaria y justificada. En consecuencia, para Honduras las reclamaciones de Elsamex bajo dichas secciones de la Demanda son improcedentes.

194. Adicionalmente, Honduras alega que Elsamex debe responder por todos los defectos de la Carretera ya que el Contratista era responsable del diseño de las obras y por los defectos de construcción y, por consiguiente, Elsamex debe pagar los gastos de reparación de tales defectos (Elsamex: ¶82-109, MDFyRR; ¶65-66, ACH).

195. Para Honduras, en vista de que Elsamex conocía sus obligaciones contractuales y optó por incumplir lo pactado, Elsamex incurrió en un incumplimiento doloso, o al menos, negligente. En consecuencia, el Árbitro Único debe rechazar las súplicas de Elsamex y otorgar a favor de Honduras en virtud de la Reconvencción el monto equivalente al costo de reparación indicado por el perito de Honduras (**USD\$16.545.075,00**) menos el monto

de Garantías cobrado por SOPTRAVI (USD\$3.754.308,47), es decir, USD\$12.790.766,53.

2.2. Fundamentos para rechazar las demás reclamaciones presentadas por Elsamex (Reclamaciones No. 1, 2 y 3 de la Demanda)

196. Por otra parte, Honduras contradice todas las otras reclamaciones de Elsamex relativas a los supuestos incumplimientos contractuales de la Administración y montos adeudados.
197. Honduras argumenta que el Contrato es claro en cuanto a que existe una suma global pagada a Elsamex, la cual incluye tanto el pago por la ejecución del Contrato, como el pago por la corrección de defectos, y aunque el Contrato contiene costos unitarios, los mismos están igualmente sujetos al monto global. El Contrato original incluso disponía que los precios no se ajustarían por ningún motivo como resultado de fluctuaciones en el costo de rubros o componentes (Cláusula 47). Si bien el Contrato admitía variaciones en el alcance de las obras (Cláusula 39) y en el pago por dichas variaciones aprobadas por el Gerente de Obras (Cláusula 40), no puede compensarse, ni indemnizarse a Elsamex, por asuntos que no fueron aprobados como variaciones ni estaban contemplados en el Contrato como eventos compensables (Cláusula 44.1). Ninguna de las reclamaciones de Elsamex encajan bajo la definición contractual de eventos compensables. (Honduras: ¶112-117, MDFyRR; ¶108, 111-114 y 132, MCH).
198. Además, se recalca que, cuando hubo lugar a eventos compensables que ocasionaron costos adicionales o impidieron que los trabajos se terminaran en las fechas previstas, sí se autorizaron aumentos del precio del Contrato y/o prolongaciones en la duración del mismo, según lo decidido por el Gerente de Obra, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 44.2 del Contrato. Honduras entiende que, si Elsamex no proporcionaba aviso adecuado o no cooperaba con el Gerente de Obras en los casos indicados, entonces perdía su derecho a ser compensado por los costos adicionales de los eventos compensables (Cláusula 44.4). Como se ha demostrado, Elsamex no cumplió con su obligación de presentar sus reclamaciones al Gerente de Obras y, en consecuencia, perdió su derecho a cualquier compensación a la que hubiere lugar por aquéllas. (Honduras: ¶118-120, MDFyRR; ¶115, MCH).
199. En todo caso, a juicio de Honduras, Elsamex no tiene derecho a solicitar indemnización adicional alguna, ni cantidades, distintas a las específicamente establecidas en el Contrato. Las Partes acordaron expresamente en el texto del Contrato que no podría modificarse el mismo con el fin de incluir asuntos o negocios que no fueron incorporados en el Contrato original. En sus alegaciones, Elsamex intenta salirse de los términos del Contrato y buscar indemnizaciones adicionales, lo que resulta contrario a lo pactado y al Art. 1578 del Código Civil (que exige que en los términos de un contrato no se entiendan comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar). Es por esto que los argumentos de Elsamex que se basan en teorías de equidad, tales como la doctrina del silencio administrativo o de cualquier otra doctrina que no aparece en el Contrato o la ley aplicable escrita, deben ser descartados. (Honduras: ¶110-111, MDFyRR; ¶109-110, MCH).
200. Las Partes modificaron el Contrato cinco veces con el fin de resolver los asuntos relacionados al diseño, al alcance del trabajo y a los gastos, excluyendo específicamente,

en cada caso, cualesquier futuros reclamos de identificación por parte del Contratista. Es decir que, las Partes alcanzaron un acuerdo con respecto a lo que se consideraría "compensación adicional" en cada una de las modificaciones y, explícitamente advirtieron que, los argumentos que habían justificado las modificaciones no serían causal o fundamento para reclamaciones del Contratista por concepto de indemnizaciones o compensaciones adicionales o distintas a las estipuladas en el documento respectivo, sin perjuicio de que el Contratista pueda tramitar la resolución de las controversias surgidas durante el desarrollo del Contrato a través de los sistemas de conciliación y arbitraje previstos por las Partes. Al pretender indemnizaciones adicionales, Elsamex está infringiendo dichos acuerdos. El Árbitro Único deberá juzgar la intención de los contratantes ateniéndose principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al Contrato (Art. 1577 del Código Civil) (Honduras: ¶121-124 y 137-138, MDFyRR; ¶116, MCH).

2.3. Reparación pretendida por Honduras

2.3.1. Pretensiones sobre Jurisdicción

201. Honduras pretende que se declare que la diferencia no es competencia del Árbitro Único y que tampoco cae dentro de la jurisdicción del CIADI.

2.3.2. Pretensiones Declarativas y en Condena

202. Alternativamente, si el Tribunal declara que sí existe jurisdicción, Honduras suplica al Árbitro Único:

- a) Emitir un laudo con base en la Demanda de Reconvención, declarando sin lugar todos los reclamos contenidos en la Solicitud de Arbitraje y todos los memoriales presentados por Elsamex (Honduras, ¶137-138, MCH);
- b) Emitir un laudo condenando a Elsamex al pago a favor de la República Honduras de una suma no menor a los **USD\$16.545.075,00** más intereses, menos el monto de las garantías ya ejecutadas (es decir, un total de **USD\$12.790.766.53**);
- c) Emitir un laudo declarando y condenando a Elsamex a pagar todas las costas del perito (800.000 Lempiras ó USD\$42,368.42), honorarios profesionales de los abogados (Dorsey & Whitney LLP, **USD\$230.729,09**) y demás gastos del procedimiento, incluyendo la financiación del Centro Arbitral y la tramitación de este procedimiento, en que incurra la República de Honduras por razón de que Elsamex litigó con notoria falta de derecho (Honduras, ¶138 y Anexo 44, MCH); y
- d) No otorgar nada en costas u honorarios a Elsamex por litigar con notoria falta de derecho, y desestimando la Demanda sin otorgar monto alguno a Elsamex (Honduras, ¶139, MCH).

B. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

203. A continuación se expone un breve resumen de la posición de las Partes exclusivamente en cuanto a la admisibilidad de la Demanda de Reconvención interpuesta por Honduras a fin de evitar repeticiones innecesarias.

1. Honduras

204. Honduras interpuso la Demanda de Reconvención argumentando que Elsamex incumplió el Contrato por la mala calidad de los trabajos ejecutados e indebida terminación de los mismos y, además su negativa a corregir oportunamente dichos defectos conforme lo instruido por la Supervisión, causó fallas supremamente graves a lo largo de la Carretera. Estas fallas a su vez dan lugar a una indemnización de perjuicios a favor de Honduras, quien se verá obligada a reparar la Carretera en su integridad.
205. Honduras argumenta que la Demanda de Reconvención es admisible porque así lo permiten las normas del CIADI y sus precedentes.⁴³

2. Elsamex

206. Elsamex considera que la Contra-Demanda no es admisible y por ello debe ser rechazada en su totalidad (Elsamex, ¶412-417, MRFyCR; Audiencia, 151-247). La Demandante niega cualquier responsabilidad a su cargo por concepto de defectos y daños de la Carretera.

IV. ANÁLISIS

A. JURISDICCIÓN

1. Admisibilidad de las Excepciones Adicionales a la Jurisdicción Propuestas por Honduras

207. Antes de entrar a discutir el fondo de la disputa, este Árbitro Único considera necesario referirse a las excepciones suplementarias a la jurisdicción del Centro propuestas por la República de Honduras.
208. Con posterioridad a la emisión de la Decisión sobre Jurisdicción del 4 de junio de 2010, en su Memorial de Contestación a la Demanda del 3 de diciembre de 2010, Honduras presentó nuevas objeciones a la jurisdicción del Centro. Honduras sostiene que los argumentos contemplados en las objeciones no fueron presentados antes porque requería conocer el contenido del Memorial de Demanda de Elsamex y, en vista de que Elsamex no alegó en dicho Memorial que alguna de sus reclamaciones se basara en la violación del APPRI o del Convenio del CIADI, Honduras concluye que la presente es una disputa contractual comercial, que no surge de una inversión y no está amparada por la jurisdicción del Centro. En todo caso, la Demandada recalca que las objeciones jurisdiccionales suplementarias fueron presentadas en tiempo, conforme lo exige el Convenio del CIADI y no opera el principio de *res judicata* con respecto a las mismas porque no hubo una decisión final de la cuestión. (Honduras: ¶4, 11, 16-19, 22, MCD; ¶13, 17, 18 y 20, MDFyRR; Pág. 76, Audiencia; ¶56-64, MCH).

⁴³ Honduras considera que la Demanda de Reconvención debe ser admitida y cita como precedente el caso de Alex Genin etc. c. Estonia para demostrar que un Estado demandado puede interponer una contra-demanda. (Demandada, ¶127, MCD).

209. Elsamex rechaza enfáticamente la admisibilidad de las excepciones suplementarias a la jurisdicción argumentando que la reconsideración del asunto es contraria al principio de *res judicata* y, en el supuesto de que este principio no sea aplicable, sostiene que no son admisibles porque la reconsideración de la Decisión sobre Jurisdicción puede atentar contra el principio de economía procesal (Elsamex: ¶129, MRFyCR; ¶ 122-124, ACE).
210. Las Partes han elaborado en gran detalle su posición, tanto sobre la admisibilidad de las referidas excepciones suplementarias como sobre la naturaleza de las mismas, en todas sus actuaciones escritas y orales.
211. La Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI⁴⁴ establece que toda excepción a la jurisdicción del Centro debe oponerse lo antes posible. El Arbitro Único entiende que la frase "*lo antes posible*" fue incluida en la redacción del Convenio del CIADI como una regla primordial que debe ser respetada por las Partes en auspicio de la eficacia y celeridad del proceso arbitral. La referida regla tiene un carácter relativamente flexible, pues está seguida de una oración que establece que dichas excepciones pueden ser presentadas hasta que acaece el vencimiento del plazo máximo fijado para la presentación del memorial de contestación. En todo caso, el Convenio del CIADI permite presentar excepciones adicionales a la jurisdicción incluso con posterioridad a dicho término, si las mismas surgen de hechos que no hubieren sido conocidos antes por la parte proponente.⁴⁵
212. El principio de *Res Judicata* es un principio general de derecho de aplicación internacional dentro del alcance del significado del Artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para que exista *res judicata* es necesario que una decisión se halle ejecutoriada, ya sea porque no medie recurso alguno o porque éstos no se hayan interpuesto en su debido tiempo, lo que no ha ocurrido en el presente caso. No obstante lo anterior, las Reglas de Arbitraje del CIADI le otorgan al Árbitro la facultad de reconsiderar de oficio⁴⁶ la jurisdicción del CIADI y su competencia sobre un determinado caso, en cualquier momento del proceso. De manera que el principio de *Res Judicata*, en el caso particular, sólo tendría aplicación en la medida en que (i) las nuevas excepciones no hayan sido presentadas dentro del plazo establecido por la Regla 41 (1) y, (ii) el Árbitro Único determine que no hay elementos nuevos que ameriten ser estudiados.
213. En vista de que Honduras trae a colación argumentos sobre jurisdicción que no fueron expresamente analizados por el Árbitro Único -la existencia de una inversión no fue un asunto controvertido por las Partes hasta después de emitida la Decisión sobre Jurisdicción-, que la argumentación de Honduras refleja gran confusión respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 25 del Convenio del CIADI, en particular la existencia de una inversión, y que las Partes le han dedicado a esta inquietud un porcentaje significativo de su actuación oral y escrita en este procedimiento, el Árbitro Único considera que es su deber estudiar nuevamente el asunto. Lo anterior con el fin de confirmar que efectivamente los requisitos jurisdiccionales impuestos por el artículo 25 del Convenio se cumplan en este caso y realizar el análisis que amerita la extensiva argumentación hecha por las partes.

⁴⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje* ("Reglas de Arbitraje del CIADI").

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Regla 41(2), *Ibidem*.

214. En consecuencia, este Árbitro Único procede a decidir sobre las excepciones adicionales a la jurisdicción del Centro presentadas por Honduras. Sin perjuicio de lo anterior, este Laudo contiene una copia de la Decisión sobre Jurisdicción emitida el 4 de junio de 2010 que forma parte integrante del presente Laudo.

2. Definición de la Cuestión

215. En la Decisión sobre Jurisdicción se verificó el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales establecidos en el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, que reza lo siguiente:

La jurisdicción del Centro se extenderá a (i) las diferencias de naturaleza jurídica (ii) que surjan directamente de una inversión (iii) entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que (iv) las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (Los numerales romanos están fuera del texto.)

216. En ese orden de ideas se determinó que (i) existía una diferencia de naturaleza jurídica, (ii) que surgía de una inversión realizada por Elsamex en Honduras, (iii) entre un Estado contratante (Honduras) y el nacional de otro Estado contratante (Elsamex como empresa española) del Convenio del CIADI, y que (iv) las Partes involucradas habían consentido por escrito a someterse a la jurisdicción del CIADI (Decisión sobre Jurisdicción, ¶119-122).

217. Al momento de analizar y emitir la Decisión sobre Jurisdicción la existencia de una inversión no era un tema controvertido por las Partes y, a juicio del Árbitro Único, la presencia de una inversión en este caso era evidente dadas las características tanto del Proyecto para la Rehabilitación de la carretera Tegucigalpa-Danlí como de los antecedentes del mismo.

218. Conforme a lo mencionado en párrafos anteriores, con posterioridad a la Decisión sobre Jurisdicción, la Demandada presentó objeciones adicionales a la jurisdicción del Centro, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Las Partes no pueden conferir jurisdicción al CIADI por mero acuerdo sino además con base en un tratado de inversión, en este caso no existe jurisdicción porque ninguno de los derechos en disputa se basan en un tratado de inversión y, además la falta de cumplimiento con la Ley de Inversiones implica que el consentimiento otorgado no es válido.
- b) La rehabilitación de una carretera no constituye una inversión.
- c) Las reclamaciones relacionadas a la ejecución de las garantías bancarias deben ser resueltas por un Tribunal local, el CIADI no tiene jurisdicción sobre ellas pues son un elemento comercial de un contrato y no constituyen una inversión.

219. En contraposición a lo anterior la Demandante argumenta su caso desde la perspectiva de que:

- a) El consentimiento de las Partes a la jurisdicción del Centro se encuentra reflejado en la cláusula 25 de los Contratos suscritos entre éstas (anotándose que las Partes involucradas son un estado contratante del Convenio y un inversionista de otro estado contratante del Convenio).
- b) La disputa surge de una inversión.
- c) Las garantías forman parte de la operación de inversión y de la relación contractual de la cual surge la presente disputa.

220. De manera que Honduras no cuestiona el hecho de que los reclamos sometidos por Elsamex (1) son de naturaleza jurídica y (2) entre un estado contratante y un nacional de otro estado contratante del Convenio del CIADI. La Demandada únicamente argumenta que (3) el consentimiento otorgado por las Partes en este caso no satisface los requisitos del Convenio y que (4) la diferencia no surge directamente de una inversión.

221. Por consiguiente, el Árbitro Único primero analizará la validez del consentimiento otorgado por las partes para acceder a la jurisdicción del Centro. Posteriormente procederá a revisar si existe una inversión conforme lo establecido por el artículo 25 del Convenio del CIADI. Finalmente, este Árbitro decidirá si las diferencias relativas a la ejecución de las garantías se encuentran dentro de su competencia *rationae materiae*.

222. Se entiende que, sobre todos los demás aspectos relacionados con la determinación de jurisdicción del CIADI y la competencia del Árbitro Único⁴⁷ ha habido suficiente ilustración y discusión, y que los mismos no ameritan un análisis complementario en este caso.

3. El consentimiento como base para el acceso a la jurisdicción del CIADI

3.1. Posición de las Partes

3.1.1. Honduras

223. De su lectura del artículo 25 del Convenio del CIADI, Honduras considera que, para que exista jurisdicción del CIADI deben estar presentes dos factores: (a) que la disputa surja directamente de una inversión y (b) que las Partes hayan otorgado su consentimiento. La República de Honduras sostiene que para que exista jurisdicción del Centro no es suficiente contar con una cláusula de arbitraje acordada por las partes, la controversia -afirma- debe devenir de un tratado, pues las partes no pueden otorgar jurisdicción al CIADI únicamente mediante acuerdo. (Honduras: ¶2, 9, 23, MDFyRR; Págs. 13 y 14, Audiencia)

⁴⁷ Entre otros, se destacan los párrafos 139, 140 y 151 a 157 de la Decisión sobre Jurisdicción, relacionados con el cumplimiento del procedimiento escalonado de resolución de controversias (como una condición de admisibilidad de la demanda y no una condición a la jurisdicción del Centro) en virtud de los cuales se explica porqué se determinó que dicho procedimiento fue debidamente agotado y, por ende, puede entenderse cumplida la condición de admisibilidad de la demanda respectiva.

224. La República de Honduras desarrolla su argumento como se explica a continuación. En primer lugar, el hecho de que las partes de un contrato incluyan una cláusula de arbitraje CIADI en el mismo no le da automáticamente jurisdicción al Centro sobre cualquier controversia que surja de la ejecución de dicho contrato porque no es el Contrato sino los derechos en disputa entre las Partes los que deben determinar la existencia de jurisdicción. Segundo, para que exista jurisdicción del Centro la controversia, además de contar con una cláusula de arbitraje acordada por las Partes, debe provenir de un tratado; en este caso no existe jurisdicción porque ninguna de las reclamaciones o derechos en disputa se basa en un tratado de inversión. Tercero, Elsamex no procedió al registro de los Contratos como inversiones, conforme lo exige la Ley de Inversiones de Honduras incorporada en el Decreto No. 80-92 aplicable a esos casos y, por consiguiente, no puede gozar de las protecciones otorgadas a los inversionistas en aquélla. Incluso, la cláusula compromisoria contenida en los Contratos resultaría contraria a la ley en el evento en que los Contratos calificaran como inversión, esto desvirtúa la alegación de que existe consentimiento con base en la cláusula arbitral de los Contratos.⁴⁸ Adicionalmente, Honduras aclara que, si bien dicha cláusula de arbitraje en los Contratos contemplaba el arbitraje CIADI, es la Ley de Inversiones la que daría el derecho, en primer lugar, de recurrir al arbitraje bajo tratados internacionales y, por ello, Elsamex tendría que haber cumplido con la misma antes de recurrir al CIADI bajo la cláusula arbitral. (Honduras: ¶ 2 y 9, MDFyRR; ¶¶15-21 y 44-55, MCH)

3.1.2. Elsamex

225. Por su parte, Elsamex explica las distintas formas que puede tomar el consentimiento y sostiene que la jurisdicción del Centro en este caso emana del acuerdo de las Partes para someter las disputas ante dicho organismo, reflejado en la cláusula 25 de los Contratos, que confiere jurisdicción al CIADI. Elsamex recalca que, al no apoyar sus reclamaciones en el Acuerdo para la Protección y la Promoción Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino de España y la República de Honduras, el debate presentado por la Demandada sobre la diferencia entre las reclamaciones basadas en tratados y contratos es irrelevante. Añade, además, que los casos citados para fundamentar los argumentos de Honduras no resultan aplicables porque, al contrario del caso que nos ocupa, no contenían una cláusula arbitral CIADI. (Elsamex: ¶¶17, MRFyCR; ¶¶30-31, MDR; Págs. 52, 54, 61, Audiencia; ¶¶128-129, ACE)

226. La Demandante señala que, al no reconocer posteriormente su consentimiento al arbitraje CIADI, Honduras vulnera el Principio de *Non Concedit Venire Contra Factum Propium* (ya que fue aquélla quien propuso el texto del Contrato, incluyendo la cláusula arbitral) y el Principio de Buena Fe reconocido por el Código Civil hondureño en su Art. 1546 (Elsamex, ¶¶130, ACE).

3.2. Determinación del Árbitro Único

⁴⁸ En los párrafos 53 a 55 de su MCH, Honduras afirma que para que el consentimiento de las partes al arbitraje CIADI se considere efectivo, Elsamex tenía que haber cumplido con los requisitos de la Ley de inversiones. Indica que las cláusulas contractuales deben interpretarse de acuerdo a la ley de Honduras vigente conforme lo establece el texto del Art. 1547 del Código Civil, según el cual: "*Los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.*"

227. A pesar de que la existencia del consentimiento de las Partes ya se trató en la Decisión de Jurisdicción, por las razones expuestas en la sección anterior, se procederá a explicar a continuación las formas en que las Partes pueden otorgar su consentimiento a la jurisdicción del Centro y luego se analizará de forma más detallada si existe o no una inversión.

228. El Convenio del CIADI confirma en el numeral 1 del artículo 25 que el único requisito para que el consentimiento de las partes a la jurisdicción del CIADI sea válido es que éste se haya dado por escrito:

(...) y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
(Énfasis añadido)

229. Entonces, siempre y cuando dicho consentimiento sea dado por escrito, el mismo puede adoptar varias formas,⁴⁹ entre las cuales destacan las siguientes:

- a) Una cláusula de resolución de disputas CIADI expresamente contemplada en un contrato suscrito entre el estado receptor y el inversionista extranjero.⁵⁰
- b) Ad hoc, si ambas partes acuerdan someter una controversia existente al Centro.
- c) Una oferta extendida por el Estado receptor de las inversiones de someter futuras disputas sobre las mismas, con una clase determinada de inversionistas extranjeros, a la jurisdicción del CIADI. Esta oferta puede ser extendida, unilateralmente por el Estado receptor o, como resultado de un proceso diplomático con otro Estado en virtud del cual sus nacionales reciben reciprocidad. Algunos ejemplos de ello serían los siguientes:
 - i. El sometimiento voluntario del Estado receptor de la inversión a la jurisdicción del CIADI, incorporando dicha protección en la legislación nacional para una clase determinada de inversionistas.
 - ii. La suscripción de un tratado bilateral entre el Estado receptor y el Estado de origen del inversionista, en el cual se acuerde someter las controversias entre los nacionales de un Estado y el otro Estado como receptor de la inversión a la jurisdicción del CIADI.
 - iii. Un tratado multilateral o, un tratado de libre comercio entre países, del cual sean parte tanto el Estado receptor como el Estado de origen del inversionista, y en el cual se acuerde someter las controversias entre los nacionales de un Estado y el otro Estado como receptor de la inversión a la jurisdicción del CIADI.

⁴⁹ Lo anterior fue explicado en el mismo sentido por el tribunal de *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/04/19), Laudo, Agosto 18, 2008, ¶156, al indicar que: "*El consentimiento de las partes al arbitraje CIADI puede expresarse en una cláusula de arbitraje, o en un ofrecimiento general por parte de un Estado, en un TBI o su legislación nacional, seguido de la aceptación de este ofrecimiento por el inversionista. El único requisito es que dicho consentimiento se exprese por escrito* [nota al pie omitida]." Para mayor detalle, ver: REED L, PAULSSON J, BLACKABY N. *Guide to ICSID Arbitration*, Second edition, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, Págs. 13-14. SCHREUER, C, et al. *The ICSID Convention: A Commentary*, Second edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, Pág. 119, ¶128. DAVIS MORTENSON, J, óp. cit, Pág. 268.

⁵⁰ Tradicionalmente, ésta era la fuente de la que surgían la mayoría de los arbitrajes CIADI; el porcentaje de casos que se derivan de este tipo de consentimiento se ha reducido significativamente a la quinta parte según lo confirman estadísticas del Centro (Carga de Casos del CIADI - Estadísticas. Edición 2012-1).

230. Esto, sin perjuicio de que se requiera el cumplimiento de los demás requisitos jurisdiccionales establecidos en el artículo 25 (1) del Convenio del CIADI. En el caso que nos ocupa, el consentimiento fue otorgado haciendo uso de la forma descrita en el literal a) del párrafo anterior, es decir, incorporando en el contrato la cláusula de resolución de controversias por la cual las partes se someten a la jurisdicción del CIADI. Tal circunstancia se puede observar en los Contratos para la rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí, CA-96 los cuales están conformados por varios Anexos que forman parte integral de los mismos. La Cláusula 25.3 del Anexo III, denominado *Condiciones del Contrato*, en su parte pertinente, establece lo siguiente:

El arbitraje deberá realizarse de acuerdo al procedimiento de arbitraje publicado por la institución mencionada y en el lugar fijado en los datos del Contrato.

231. A su vez, en el Anexo IV, en la sección denominada *Datos del Contrato*, se hace referencia a la cláusula 25 de las Condiciones del Contrato y se indica lo siguiente:

La institución cuyos procedimientos de arbitraje se utilizarán es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, con sede en Washington D.C. USA.

232. De manera que el consentimiento de Honduras, como Estado, a someter la disputa en análisis al arbitraje CIADI, fue expresa e inequívocamente otorgado por escrito.

233. Si bien Honduras resalta la diferencia que existe entre una reclamación basada en un tratado y aquella basada en un contrato, dicha distinción resulta irrelevante en el contexto que nos ocupa. La distinción entre las llamadas *treaty claims* con respecto a las *contractual claims* se torna importante, por ejemplo, cuando el incumplimiento de un contrato (sin que el mismo contenga una cláusula arbitral que someta la controversia al CIADI) también constituye incumplimiento de un tratado bilateral de inversión y se busca acceso a la jurisdicción del CIADI por medio del tratado internacional. En ese tipo de casos, como bien lo explica el Comité de Anulación en *Vivendi I*:

[D]onde la “base fundamental de la reclamación” es una [Sic.] tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado.⁵¹

⁵¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, ¶101.

234. Ante un evento de esa índole, el Tribunal debe por lo tanto, verificar si el fundamento de la reclamación tiene que ver con la violación de derechos protegidos por el tratado, independientemente de la existencia de una cláusula contractual que haga referencia a un foro local.

235. Es claro que las circunstancias antes descritas no aplican al presente caso, donde nos encontramos frente a un Contrato que hace referencia expresa a la jurisdicción del CIADI y a un Demandante que no basa su reclamación en el incumplimiento de derechos protegidos por un tratado, aun cuando existía la alternativa de buscar protección bajo el APPRI.

236. Cabe mencionar adicionalmente que en la Decisión sobre Jurisdicción, la cuál ha sido incorporada a este Laudo, se trató extensivamente sobre el propósito y el cumplimiento del procedimiento escalonado de resolución de controversias previsto en los Contratos, por lo que no se volverá sobre el asunto. De manera que todas las alegaciones sobre admisibilidad de las reclamaciones de Elsamex resultan inocuas en este punto. Si bien Honduras trata de diferenciar unas reclamaciones de otras, en cuanto al agotamiento del procedimiento escalonado de controversias para cada una de ellas,⁵² este Árbitro Único considera que la distinción pretendida, dentro de las circunstancias del caso y el texto del Contrato, no es relevante. El Árbitro Único concluye lo anterior principalmente porque: (i) Conforme se explicó y decidió en la Decisión sobre Jurisdicción, el procedimiento escalonado de resolución de controversias fue agotado por Elsamex y un análisis individual de cada reclamo en procedimientos separados sería contrario a la economía procesal y podría conducir a decisiones aisladas injustas en el conjunto de operaciones; y, (ii) en la medida en que SOPTRAVI se negó a nombrar un conciliador de común acuerdo con Elsamex, para resolver las controversias que fueron sometidas a su consideración por la Supervisión, SOPTRAVI bloqueó unilateralmente la posibilidad de agotar el procedimiento escalonado de resolución de controversias en debida forma, y ante tales circunstancias, la distinción resulta irrelevante.

237. Por todo lo antes expuesto, este Árbitro Único confirma la existencia y validez del consentimiento otorgado por las Partes a someterse a la jurisdicción del CIADI como última instancia para la resolución de disputas entre ellas.

⁵² La petición de Honduras al respecto básicamente puede resumirse en lo siguiente: Si el Tribunal considera que la controversia presentada por Elsamex es admisible, el límite de lo que Elsamex puede reclamar (sin admitir que Elsamex tiene ningún derecho a un laudo por éste o ningún otro monto) es no más de \$3.067.000 en daños y perjuicios, porque sus reclamaciones serían limitadas a las que presentó a la Demandada en la carta TD-260/07 de fecha 26 de diciembre de 2007 (D-13). Específicamente, las siguientes reclamaciones nunca fueron presentadas en dicha carta u otra correspondencia al Gerente de Obras, SOPTRAVI, INOCSA, o al Conciliador, y por esa razón son inadmisibles:

- a) La retención indebida y la ejecución de garantías (\$3.896.000);
- b) La tramitación y pago de la estimación 90 (\$400.000);
- c) El retraso en la omisión del CTO (\$1.900.000);
- d) La pre nivelación (\$97.000.000);
- e) Las deducciones indebidas en las estaciones no. 32 y siguientes (\$83.000);
- f) La reparación de zonas inestables (\$2.5000.000); y
- g) La reclamación de suspensiones, paralizaciones, y tiempo sin contrato (\$1.570.000).

Por lo anterior, dice Honduras, la demanda de Elsamex con respecto a las reclamaciones anteriores no es admisible, y debe ser desestimada ya que no cumplió con las condiciones previas exigidas para recurrir al arbitraje. (Honduras, ¶146-156, MDFyRR).

238. En la siguiente sección se analizarán las alegaciones respecto al cumplimiento de la Ley de Inversiones, propuestas por Honduras.

4. El Concepto de "Inversión" Según el Artículo 25 del Convenio

4.1. Posición de las Partes

4.1.1. Honduras

239. Honduras manifiesta que el artículo 25 del Convenio requiere que la disputa surja directamente de una inversión, por lo cual no es suficiente que la disputa surja de un contrato que a su vez emane de una inversión. Al respecto, la Demandada argumenta que el Contrato celebrado entre Elsamex y Honduras contemplaba la rehabilitación de la Carretera y no la construcción de la misma, por lo que no existe contribución al desarrollo. En su interpretación del Convenio, para la existencia de una inversión no sólo se requiere que exista un beneficio económico sino que se produzca el desarrollo del Estado. Honduras afirma que, si bien la construcción de nuevas carreteras contribuye al desarrollo económico de un Estado, sostener que la rehabilitación de una carretera en el presente caso también lo hace, es ampliar el concepto de jurisdicción más allá de lo razonable y, someter al CIADI una disputa comercial ordinaria que puede ser resuelta en los tribunales locales u otros foros de arbitraje. (Honduras: ¶¶11-12, 42-43, MCD; ¶3, 23, 50-51, MDFyRR; Págs. 27-29, 32, 46, Audiencia)

240. La Demandada sostiene que el préstamo hecho por el Gobierno de España no le da ningún derecho a Elsamex ya que todos los derechos alegados emanan del Contrato y no de dicho préstamo. Además, esta interpretación ampliaría la jurisdicción del CIADI a cualquier contrato comercial simplemente porque parte de la fuente de financiación proviene de un tratado de asistencia del Estado de origen del inversionista. (Honduras: ¶¶25-26, MDFyRR; Pág. 23 y 24, Audiencia)

241. La Demandada no está de acuerdo con la posición de Elsamex respecto a que, de aplicarse el *test Salini*, es necesario realizar un análisis global de todos los elementos que se requieren para verificar la existencia de una inversión. Conforme a la posición de Honduras, el usar el término "global" ampliaría el sentido del artículo 25 del Convenio. (Honduras, Pág. 24, Audiencia)

242. Honduras sostiene que el CIADI no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones objeto de este caso ya que éstas no surgen directamente de una inversión y los Contratos son de naturaleza comercial. Indica que el Convenio de Crédito entre el Gobierno de España y la República de Honduras confirman que esta disputa no surge directamente de una inversión al definir específicamente que los Contratos son contratos comerciales (Honduras, ¶¶22-28, MCH).

243. A lo largo de sus escritos Honduras presenta una explicación elaborada respecto a la aplicación del *test Salini*, la cual puede resumirse en que los Contratos son de naturaleza comercial porque: (1) Elsamex no ha identificado ningún riesgo típico de un inversionista, sólo un riesgo comercial; y, (2) el Proyecto no supone una aportación al desarrollo del país porque implicaba la rehabilitación de una Carretera de los años setenta y no la construcción de una carretera nueva, y el hecho de que exista un beneficio no es un

criterio suficiente para determinar un aporte significativo.⁵³ La Demandada concluye que, la controversia en este caso es una simple disputa técnica sobre errores técnicos. Honduras manifiesta, inclusive, que no es necesario aplicar el análisis del *test Salini* porque el Convenio de Crédito establece que el Contrato entre Elsamex y Honduras es un contrato comercial, descartando así que se trate de un contrato de inversión (Honduras: ¶13-14, 28, 36-41, MCD; ¶ 31-41, 46, MDFyRR; ¶29-42, MCH).

244. Finalmente, Honduras manifiesta que las Partes no tuvieron la intención de que los Contratos constituyeran una inversión, al no ser registrados como tal, conforme lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Inversiones de Honduras. En su interpretación, dicho registro era obligatorio en el evento de que se tratara de una inversión. Explica que en el Contrato las partes acordaron como ley aplicable la de Honduras y, por lo tanto, al no haberse registrado Elsamex como inversionista conforme lo establecido por la Ley de Inversiones no se cumple con los requisitos para acceder a la jurisdicción del CIADI. Añade que el hecho de que Elsamex no haya efectuado el registro es una admisión jurídica de que el mismo no es una inversión. (Honduras: ¶24, MCD; ¶ 52-57, MDFyRR; Págs. 33 - 35, Audiencia; ¶5, 44-55, MCH)

4.1.2. Elsamex

245. Por su parte, Elsamex sostiene que los Contratos, encajan dentro del concepto de inversión del artículo 25 del Convenio y, recalca el origen del término inversión y la motivación tras el carácter flexible que se le dio al mismo. Sumado a lo anterior, dicho artículo debe ser interpretado de conformidad con el derecho internacional y, en particular, de conformidad con la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Es decir, partiendo del contexto y el espíritu del Convenio. (Elsamex: ¶133, ACE)

246. Manifiesta que los autores del Convenio evitaron proporcionar una definición del término "inversión" para otorgar mayor flexibilidad a los estados suscribientes, de modo que el artículo 25 del Convenio cubre casi cualquier actividad económica, y el hecho de que Honduras haya consentido expresamente a someter las diferencias que surgieron de los Contratos a la jurisdicción del CIADI es un fuerte indicio de que consideraba que el Proyecto era una inversión para Elsamex. (Elsamex: ¶27-29, MRFyCR; ¶29, MDR; ¶131, ACE)

247. A lo largo del procedimiento, Elsamex estima haber demostrado con creces la existencia de una inversión, siguiendo las pautas de la jurisprudencia CIADI en la aplicación del *test Salini* según se describe a continuación (Elsamex, 134, ACE):

- a) La contribución de Elsamex al Proyecto, a modo de inversión, es clara dadas sus aportaciones en transferencia de tecnología (el sistema de emulsión asfáltica como ligante *in situ*) y pericia (formación de ingenieros y equipo técnico), la constitución de un establecimiento secundario, y su aportación financiera (retención de pagos y constitución de Garantías) (Elsamex; ¶76-84, MDFyRR; ¶140-142, ACE).
- b) La contribución del Proyecto al desarrollo de Honduras es evidente. La naturaleza de los Contratos debe evaluarse tomando en cuenta todas las transacciones previas a la ejecución de los mismos, incluyendo el hecho de que éstos se enmarcan en un compromiso internacional, suscrito en el contexto de la contribución española al plan

⁵³ Entre otros, Honduras basa esta posición en la exposición que se hace al efecto en el caso de *Fedax*.

de reconstrucción y rehabilitación del Estado hondureño. En efecto, existió una contribución al desarrollo de Honduras, puesto que después del Huracán Mitch, la reconstrucción y rehabilitación de la red vial era imprescindible. (Elsamex: ¶42,43, MCD; ¶29, 43, 45, 88, 90-98 y 116, MRFyCR; ¶147-148, ACE). La Demandante indica también que la construcción, la rehabilitación y el mantenimiento de autovías es de interés público y contribuye al desarrollo económico del país ya que son actividades que, en la mayor parte de los países, son responsabilidad del Estado. (Elsamex, ¶87, MRFyCR).⁵⁴

- c) El riesgo del Proyecto es inherente al tipo de obra de ingeniería civil que el mismo enmarca, el cual por los imprevistos que supone, hace difícil prever su costo total. Entre dichos riesgos se incluye (Elsamex, ¶149-156, AEC):
- i. La naturaleza cambiante del mismo: tal como los cambios en el terreno, el incremento de coste laboral, accidentes, incidentes imprevistos que no califiquen como fuerza mayor o no den lugar a compensación y riesgos vinculados con la falta de compensación en caso de incremento o disminución del volumen de la carga del trabajo.
 - ii. Las prerrogativas de la Administración: la cual puede poner fin a los Contratos prematuramente (según la Cláusula 59.4 de los Contratos), imponer variaciones sin aumentar el precio (según las Cláusulas 38.1 y 40 de los Contratos), y hacer uso de otras facultades extraordinarias dispuestas en la ley (según los artículos 193-123 de la LCE).
 - iii. El compromiso de las Garantías supone un riesgo porque se corre el peligro de una ejecución ilegal.
 - iv. El periodo de responsabilidad por defectos y el periodo de mantenimiento suponen igualmente un riesgo.⁵⁵
 - v. La inestabilidad política y económica del país receptor de la inversión.⁵⁶

248. La Demandante subraya que el objeto del litigio no necesita ser la inversión como tal, siempre y cuando el mismo surja directamente de una inversión; es decir que, el carácter de emanación directa se cumple igualmente si el litigio surge de las operaciones de dicha inversión.⁵⁷ Asimismo, Elsamex argumenta que el hecho de que ciertos aspectos objeto de litigio puedan ser considerados de naturaleza comercial, no excluye que la disputa surja directamente de una inversión. (Elsamex, ¶165, ACE).

249. Elsamex cita, además, numerosos ejemplos en la jurisprudencia CIADI en los cuales, afirma, los Tribunales han calificado las obras de ingeniería civil como inversiones de conformidad con el Art. 25 del Convenio, lo cual apoya el hecho de que la rehabilitación de una Carretera constituye una inversión.⁵⁸

⁵⁴ En su argumentación de este punto Elsamex destaca la relevancia de los casos *Salini Costruttori S.P.A. & Italstrade SPA. c. el Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/04), Decisión sobre Jurisdicción, 9 de Noviembre de 2004. 42 ILM 609 (2003) (¶52) y *CSOB c. la República Eslovaca* (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, (¶¶64 y 90).

⁵⁵ Para reforzar este argumento, Elsamex se basa en el caso de *Bayindir c. Pakistán* (Anexo Jurídico 15, MRFyCR).

⁵⁶ Para reforzar este argumento, Elsamex se basa en Christoph Schreuer, ¶163, Pág. 131 (Anexo Jurídico 19, MRFyCR). Igualmente, la Demandante recalca que la posición de Honduras, basada en el profesor Nathan es minoritaria y obsoleta, y que las referencias a *Toto Construzioni Generali* se encuentran tergiversadas.

⁵⁷ Elsamex se basa en el ¶32 de *Noble Energy Inc. And Machala Power Cia. LTDA v. The Republic of Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/05/12), Decisión de Jurisdicción del 5 de marzo de 2008.

⁵⁸ ¶58 nota al pie número 23, MRFyCR: *Salini Costruttori S.P.A. & Italstrade SPA. c. el Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/04), Decisión sobre Jurisdicción, 9 de Noviembre de 2004, §58; *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/00/5), Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre 2001, §101;

250. Si bien Elsamex aclara que el Proyecto igualmente se enmarca dentro de la ancha camisa del ámbito del artículo 2 del APPRI,⁵⁹ el cual define el concepto de inversión, la Demandante a su vez recalca que el concepto relevante de inversión en el caso en cuestión, es el desarrollado por la jurisprudencia CIADI con base en el artículo 25 (Elsamex, ¶138, ACE).
251. En relación con el argumento de Honduras sobre la falta de registro de la inversión como prueba contundente de que los Contratos no son una inversión, Elsamex señala que ello resulta irrelevante pues el Convenio debe interpretarse de conformidad con los principios de derecho internacional público y la definición de inversión no debe confundirse con el requisito establecido en las leyes locales (Elsamex: ¶20-22, MRFyCR; ¶167-169, ACE).
252. Finalmente, Elsamex recalca que Honduras actuó en todo momento en calidad de estado soberano, a partir de lo cual: (i) propuso el Proyecto en el marco de cooperación para la reconstrucción del país, (ii) dio su garantía soberana para la ejecución del Proyecto y (iii) firmó un compromiso arbitral CIADI insertado en los Contratos. Por lo tanto, no resulta aceptable que el propio Estado niegue su capacidad y responsabilidad soberana. (Elsamex, ¶164, ACE).

4.2. Determinación del Árbitro Único

253. El mero acuerdo entre las partes en cuanto a que determinada actividad económica es una inversión, puede resultar insuficiente para acceder a la jurisdicción del Centro, pues es necesaria la existencia cognoscible de una inversión. Así lo confirman las Reglas de Iniciación del CIADI en su número 2 y los artículos 1 y 25 del Convenio.⁶⁰ Esa inversión objeto del consentimiento a su vez debe encajar dentro del ámbito y la filosofía del Convenio.
254. Es conocido que, intencionalmente, los países miembros del Convenio no definieron el término "inversión",⁶¹ así lo explica el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio:⁶²

Impeglio S.p.A. c. la República Islámica de Pakistán (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión de Jurisdicción, 22 abril 2005, §101; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre 2005, §138; *L.E.S.I S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. la República Democrática y Popular Algeriana* (Caso CIADI No. ARB/05/3), Decisión de Jurisdicción, 12 de julio 2006, ¶74; *Consortium R.F.C.C c. el Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/6), Decisión de Jurisdicción, 16 julio 2001 ¶66.

⁵⁹ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Honduras, Art. 2º, Firmado el 18 de marzo de 1994. Texto disponible en http://sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/HON_Spain_s.pdf

⁶⁰ Para mayor detalle, ver la explicación de Schreuer sobre la dualidad del examen para determinar la existencia de una inversión. SCHREUER C, *op. cit.*, ¶122-128, Págs. 117-119.

⁶¹ El Comité Ad-Hoc de Anulación en *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/05/10), en su Decisión del 16 de abril de 2009 sobre la Solicitud de Anulación, trata el tema en detalle, ¶ 66-71.

⁶² Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, 18 de marzo de 1965, Sección V - Jurisdicción del Centro, ¶ 27.

No se ha intentado definir el término "inversión", teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (Artículo 25(4)).

255. A partir de este informe, numerosos tratadistas, incluyendo el propio Schreuer,⁶³ han concluido que la definición amplia y flexible de "inversión" no fue un accidente ni un error de los redactores del Convenio. Luego de largas negociaciones entre los representantes y múltiples intercambios de textos rechazados, ya sea por coaliciones de países desarrollados o grupos de Estados en vía de desarrollo,⁶⁴ el gran acuerdo entre las naciones para suscribir el Convenio fue mantener amplio acceso de los Estados contratantes a la jurisdicción del Centro. No se acordaron restricciones de tipo taxativo y, a la vez, se procuró otorgar amplia discreción a los Estados Contratantes al momento de decidir qué constituye una inversión y/o qué no constituye una inversión bajo su esfera de protección. Así, por ejemplo, los Estados suscribientes del Convenio quedaron facultados para negociar definiciones más detalladas y restrictivas del concepto de inversión en los tratados bilaterales o multilaterales de inversión a suscribir con otras naciones. Igualmente, dichos Estados quedaron con la posibilidad abierta de notificar al CIADI sobre aquellas circunstancias que no estaban dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro, incluyendo listas taxativas, restricciones o excepciones.⁶⁵

256. Debido a que el concepto de "inversión" no fue definido en el Convenio, la interpretación de este término se ha ido formando a través de la jurisprudencia y la doctrina CIADI. Históricamente, los tribunales CIADI analizaban la existencia de una inversión en cada caso, adoptando una posición altamente deferencial a la voluntad manifestada *ex ante* por los Estados receptores de las inversiones. Algunos tribunales, inclusive, fusionaron la definición misma de "inversión" con el "consentimiento" otorgado por las partes para someterse al CIADI y consideraron que si el consentimiento otorgado por las partes reconocía a la actividad como una inversión el Convenio no imponía ningún otro límite a la

⁶³ SCHREUER C, *op. cit.*, ¶113-121, Págs. 114-117.

⁶⁴ Debe anotarse que, entre los borradores del Convenio que fueron específicamente rechazados, se estudiaron definiciones de inversión que incluían criterios similares a los que hoy ha seguido parte de la corriente arbitral del CIADI, estableciendo características taxativas que deben cumplirse para considerar que una determinada actividad económica es una inversión. Para mayor información, véase DAVIS MORTENSON, Julian. *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 1, Winter 2010, Págs. 280-281. Disponible en: <http://harvardilj.org/articles/257-318.pdf>

⁶⁵ Esto permitió que cada Estado contratante aceptara la suscripción del Convenio. Al respecto DAVIS MORTENSON, *op. cit.*, Pág. 294, explica: "*In practice, the notification process has turned out to be a less important way to tailor the scope of "investment" than limitations in consent documents such as BITs and contracts. But even so, ten countries have submitted Article 25(4) notifications to the Centre. The restrictions they impose run the gamut of concerns expressed at the drafting convention, from categories of investment (Saudi Arabia reserves the right to preclude some oil-related disputes), to types of government action (China excludes all complaints not based on expropriation or nationalization), to extenuating circumstances (Guatemala excludes complaints arising out of civil disturbances), to regulatory screening processes (Turkey consents to arbitration only for those foreign investments that have been registered and approved).*"

jurisdicción.⁶⁶ En la última década, una corriente significativa dentro de la jurisprudencia del CIADI adoptó una posición mucho más estricta en su análisis de si una actividad económica, un negocio o unos activos determinados, constituyen una inversión, utilizando parámetros escrupulosos y, en algunos casos, restrictivos para el efecto. La base intelectual de esta corriente arbitral⁶⁷ ha sido atribuida a la Primera Edición del Comentario al Convenio preparado por *Schreuer*, en el cual el autor describe cinco elementos típicos de la mayoría de las operaciones sometidas a procedimientos CIADI.⁶⁸ Estos criterios comunes fueron utilizados como parámetro para determinar la existencia de una inversión en la Decisión sobre Jurisdicción del conocido caso *Salini c. Marruecos*, del cual surgió el denominado *test Salini*.⁶⁹

257. Como bien lo aclaró el propio Schreuer en la Segunda Edición de su Comentario al Convenio, las características comunes descriptivas de la mayoría de la práctica CIADI listadas por él (y utilizadas en *Salini*), no fueron construidas como requisitos *sine qua non* para definir o determinar la existencia de una inversión bajo la jurisdicción del Centro. Al contrario, establecer una lista rígida de requisitos para analizar la existencia de una inversión dificulta las decisiones de los tribunales sin hacerlas necesariamente más predecibles ni mejores.⁷⁰ En esta misma línea se ha pronunciado una corriente de la doctrina y algunos tribunales del CIADI recientemente.⁷¹ Esta última posición es compartida por el Árbitro Único.

258. Los tribunales de arbitramento deben respetar el espectro de protección que un Estado ha decidido otorgar a sus inversionistas extranjeros. El árbitro no debe establecer un concepto particular de lo que él considera son los lineamientos que debe cumplir una inversión; más bien, debe respetar lo acordado por las partes y verificar que dicho acuerdo cumpla con los requisitos establecidos por el Convenio. El estudio debe hacerse en función del caso específico. El Árbitro Único considera que su deber es el de analizar, dentro del marco de la razonabilidad y la filosofía del Convenio, la actividad económica enmarcada en el documento por el cual las Partes otorgaron su consentimiento al arbitraje CIADI y verificar que la misma se encuentre dentro del ámbito jurisdiccional del Convenio.

259. En suma, la interpretación de un tribunal sobre el espectro de jurisdicción del CIADI, debería ser: de un lado, lo suficientemente flexible para permitir que no se pierda el objetivo de promoción a la inversión perseguido por el Estado receptor y, del otro lado, lo suficientemente limitada para garantizar que no haya una extralimitación en las facultades y funciones del tribunal, que a su vez conlleve a que los Estados receptores de

⁶⁶ DAVIS MORTENSON, Julian, *op. cit.*, Pág. 269.

⁶⁷ Algunos casos posteriores que han aplicado el *test Salini* o criterios semejantes son: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción (Nov. 14, 2005); *IBM World Trade Corp. c. la República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/02/10), Decisión sobre Jurisdicción (Dec. 22, 2003); *L.E.S.I., S.p.A. c. la República Democrática y Popular Algeriana* (Caso CIADI No. ARB/05/3), Decisión sobre Jurisdicción (Jul. 12, 2006); *Mitchell c. Congo* (Caso CIADI No. ARB/99/7), Decisión sobre Anulación (Nov. 1, 2006); y *Joy Mining c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Decisión sobre Jurisdicción (Ago. 6, 2004).

⁶⁸ SCHREUER C, *The ICSID Convention: A Commentary* (2001), citado por DAVIS MORTENSON, Julian, *op. cit.*, Pág. 271

⁶⁹ DAVIS MORTENSON, Julian, *op. cit.*, Págs. 271-273.

⁷⁰ SCHREUER C, *op. cit.*, ¶152-153, 171-172, Págs. 128, 133-134.

⁷¹ Ver por ejemplo, Decisión sobre Anulación en *Malaysian Historical Salvors c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/05/10), 16 de abril de 2009, distinguiendo la posición de *Biwater c. Tanzania* al respecto, ¶ 78-79.

inversiones extranjeras perciban que el resultado global es más perjudicial que beneficioso para ellos.

260. De manera que, en el caso concreto que nos ocupa, dada la importancia que las Partes le han dado a los criterios del *test Salini* en su argumentación, este Árbitro Único se referirá a los mismos. Sin embargo, resalta nuevamente que las características enunciadas en *Salini* no son requisitos *sine qua non* para la existencia de una inversión a la luz del Convenio.
261. El Tribunal en *Salini* estableció que la noción de inversión presupone la existencia de los siguientes elementos: (a) contribución o aportación del inversionista, (b) cierta duración del proyecto, (c) participación en el riesgo de la transacción, y (d) contribución al desarrollo económico del Estado receptor.⁷² La jurisprudencia que ha aplicado este examen acepta que los referidos criterios deben ser analizados en conjunto, pues en muchos casos se encuentran estrechamente relacionados.
262. El principal argumento de Honduras para refutar la naturaleza de inversión de los Contratos, es la ausencia del elemento de contribución al desarrollo económico establecido en *Salini*. Por lo anterior, éste será analizado en mayor detalle que los demás elementos.
263. Al respecto vale la pena mencionar que el Preámbulo del Convenio establece que el mismo fue acordado por los Estados Contratantes "[c]onsiderando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado." Lo anterior es reforzado por el Informe de los Directores Ejecutivos mediante el cual se resalta que al presentar a los gobiernos el Convenio los impulsó el deseo de fortalecer la asociación de los países para la causa del desarrollo económico.⁷³
264. Lo anterior implica que el elemento del desarrollo económico hace parte de la filosofía del Convenio. En este sentido, este Árbitro Único reconoce la importancia del elemento de desarrollo en la motivación de los Estados contratantes para impulsar la inversión. Sin perjuicio de lo anterior, este Árbitro Único coincide con jurisprudencia reiterada del CIADI en cuanto a que, el hecho de que una actividad no contribuya directamente al desarrollo económico de un Estado, no implica *per se* que ésta no sea una inversión bajo los términos del artículo 25 del Convenio. Entre otras razones, resulta supremamente complejo medir la contribución indirecta que determinadas actividades, negocios o clases de activos hacen respecto al desarrollo y/o al crecimiento económico de un país, y conscientes de esta problemática los redactores del Convenio no definieron el término inversión y por ende no incluyeron dicho elemento como requisito.
265. Honduras argumenta, también, que una rehabilitación es sustancialmente diferente a la construcción de una carretera, con lo cual rechaza la aplicabilidad de la jurisprudencia CIADI relativa a aquél tipo de obras de ingeniería civil y determina que esta rehabilitación no puede considerarse una inversión. Dada la *cadena* argumentativa, merece la pena analizar el concepto de rehabilitación como tal.

⁷² *Salini c. Marruecos*, *op. cit.*, ¶52.

⁷³ *Op. cit.* Sección III, ¶ 9.

266. El Diccionario de la Lengua Española⁷⁴ define la palabra rehabilitación como la "acción y efecto de rehabilitar." A su vez, rehabilitar significa "habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado." Se considera un Proyecto de Rehabilitación a aquel conjunto de obras tendientes a la recuperación de las condiciones iniciales de la vía; con el propósito de que se cumplan las especificaciones técnicas para las que fue diseñada. Dicha rehabilitación incluye obras de construcción, reconstrucción, estabilización, entre otras.⁷⁵ A su vez, el Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo define la "rehabilitación" como "un proceso de reconstrucción y reforma después de un desastre, que sirve de puente entre las acciones de emergencia a corto plazo y las de desarrollo a largo plazo (...)"⁷⁶
267. De lo anterior puede extraerse que, conceptualmente, tanto las carreteras nuevas como las rehabilitadas pueden contribuir al desarrollo económico de un país y, por consiguiente, la distinción alegada por Honduras no resulta relevante para determinar el nivel de contribución.⁷⁷
268. Desde la óptica de la contribución al desarrollo, la rehabilitación de una carretera implica la inversión de recursos orientados a la solución de problemas y necesidades prioritarias de una comunidad. Al analizar la existencia de una inversión deben tomarse en cuenta las consecuencias que hubiera sufrido la población hondureña en caso de no haberse efectuado el Proyecto, las implicaciones que la inutilización de parte de la red básica nacional hubiera tenido para la economía del país y los efectos que la incomunicación hubiera podido causar en las comunidades afectadas. Tanto así que la propia sustentación de la Administración hondureña al solicitar fondos internacionales para la financiación de la rehabilitación de la Carretera, se basaba principalmente en la importancia de dicha rehabilitación para la recuperación de las comunidades aledañas a la Carretera que se vieron afectadas por el Huracán Mitch así como para la reactivación del desarrollo del país.
269. En el caso concreto, el Documento de Licitación⁷⁸ indica que los trabajos objeto de los Contratos consistían en la rehabilitación integral y pavimentación de la carretera Tegucigalpa - Danlí, CA-6, la cual forma parte de la red básica nacional y regional de Honduras, constituyendo parte de la *Carretera Panamericana* que une la ciudad capital con la zona oriental del país y con la República de Nicaragua, comunicando a varias comunidades a su paso. Se resalta entonces, que el objeto principal de dicha rehabilitación fue solucionar los problemas causados por el Huracán Mitch el cual, como se ha explicado en detalle en la Sección I de este Laudo, afectó severamente el sesenta por ciento de la infraestructura vial del país, inutilizando carreteras, caminos y puentes.

⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Madrid, Espasa-Calpe, 2001. 2 Vols.

⁷⁵ MORENO, Juan Nicolás, *Manual Para Diseño de Carreteras*, Primera Edición, Bucaramanga-Colombia, (Sic) Editorial Ltda., 2002, Pág. 9.

⁷⁶Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, disponible en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/188>

⁷⁷ Además, la distinción es irrelevante para confirmar la existencia de una inversión, pues tanto en una obra de construcción de una carretera nueva, como en obras que implican la rehabilitación de una carretera existente, se da una aportación esencial de recursos por largos periodos de tiempo. Ver *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. c. la República Islámica de Pakistán* (Caso No. ARB/03/29), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre 2005, ¶ 127-129.

⁷⁸ Este documento forma parte del Contrato conforme lo establecido por la Cláusula 2.3. de las Condiciones del Contrato.

270. Igualmente, como se explicó en la Sección I de este Laudo, las consecuencias del Huracán Mitch llevaron a Honduras a solicitar la cooperación internacional del Reino de España, para la financiación de la mencionada Rehabilitación, la cual se materializó a través de dos créditos: i) El Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureño 1998-2000⁷⁹ ("Contrato FAD" por USD\$12.572.169,40); y, ii) Crédito de Reconstrucción y Transformación ("Contrato MITCH" por USD\$6.200.000,00).⁸⁰ Ambos créditos provenían de un fondo común denominado el Fondo de Ayuda al Desarrollo ("FAD").⁸¹

271. El FAD es un fondo sin personalidad jurídica, constituido por el Reino de España para otorgar ayudas financieras de carácter concesional.⁸² El nivel de concesionalidad es el indicador del grado de liberalidad de un crédito.⁸³ Para que estos créditos de financiación pública puedan ser considerados como Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD)⁸⁴ los mismos deben cumplir con los requisitos establecidos por las normas del Consenso OCDE. Entre los requisitos exigidos, se encuentra que las exportaciones de bienes y servicios españoles promuevan el desarrollo económico y el bienestar social del país beneficiario y tengan un contenido de liberalidad o concesionalidad mínimo del 35%.⁸⁵ Los créditos deben financiar proyectos de desarrollo y la adjudicación de los proyectos debe ser hecha en licitación restringida a empresas españolas, con lo cual se cumple el doble propósito de cooperar internacionalmente y a la vez se promueve la industria española.

272. En el marco de estos programas de cooperación, el Instituto de Crédito Oficial del Reino de España y la Secretaría de Finanzas de la República de Honduras suscribieron un Convenio de Crédito en junio de 2004 con cargo al FAD. En dicho Convenio de Crédito se

⁷⁹ El programa (1998-2000) recogía créditos FAD con un 35% de liberalidad. Lo anterior se encuentra anotado en el estudio de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Tegucigalpa, *Honduras Marco Institucional. Relaciones bilaterales*, el cual también menciona que el Programa de Cooperación Financiera Hispano-Hondureño (2003-2005) recoge Créditos FAD que tiene un 50% de financiación concesional. Disponible en: <http://www.oficinascomerciales.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4396314>

⁸⁰ Ver sección "Antecedentes" en los Contratos.

⁸¹ Ver Acuerdo por el cual se Aprueba el Plan de Medidas Urgentes de Ayuda a la República de Honduras para Paliar los Desastres Ocasionados por el Huracán Mitch, con cargo al Fondo de Ayuda al Desarrollo, aprobada por el Consejo de Ministros de España el 13 de noviembre de 1998. Documento proporcionado por la Demandante el 24 de febrero de 2010, a solicitud del Árbitro Único. Dicho Plan de Medidas Urgentes, establece que los créditos tendrán carácter ligado y se utilizarán para financiar el 100% de las exportaciones de bienes y servicios españoles y el gasto local, destinados a la reconstrucción preferentemente de infraestructuras, saneamiento y potabilización de aguas, sector eléctrico y de salud.

⁸² La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) explica que el nivel de concesionalidad es una medida de la "blandura" de un crédito que refleja condiciones financieras más beneficiosas para el deudor que las del mercado. Disponible en: http://www.oecd.org/document/32/0,3746,en_2649_33721_42632800_1_1_1_1,00.html \| "Grant_Element

⁸³ En ocasiones los términos liberalidad y concesionalidad se usan como sinónimos; en todo caso, el elemento de liberalidad de un crédito se refiere al grado de donación, gratuidad o subvención que incorpora el mismo en condiciones más favorables para el deudor (en el caso de FAD, el país beneficiario del crédito) que las que puede obtener en el mercado (ya sea porque los intereses son mucho más altos, los plazos de amortización son más cortos, hay ausencia de períodos de carencia en la amortización de capital o ausencia de períodos de carencia total, entre otros).

⁸⁴ Official Development Assistance, ODA, por sus siglas en inglés. Disponible en: http://www.oecd.org/document/32/0,3746,en_2649_33721_42632800_1_1_1_1,00.html#ODA

⁸⁵ DE JAIME ESLAVA J, GÓMEZ D, *Financiación Internacional de la Empresa*, Madrid, Esic Editorial, 2006, Págs. 270 - 272.

estableció que el crédito tenía carácter ligado y equivalía al 100% de la financiación oficial española para la rehabilitación y pavimentación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí CA-6. El citado crédito fue otorgado con una tasa de interés del 1.25% anual y un plazo de amortización de 16 años incluyendo un período de 6 años de gracia.

273. Conforme a lo antes expuesto, en un análisis objetivo tanto del propósito del Proyecto de rehabilitación como de la motivación del Gobierno hondureño para impulsar el mismo, no es refutable dentro de la sana lógica y la razonabilidad que sugiere el propio contexto del Proyecto, el hecho de que "los bienes y servicios españoles exportados" para el Proyecto de rehabilitación de la Carretera contribuyeron al desarrollo económico y al bienestar de la población hondureña.
274. La anterior posición se ve reforzada si se tiene en cuenta que (a) parte del Proyecto fue financiado con préstamos concesionales otorgados por el Gobierno español, (b) con el propósito de colaborar con la reconstrucción de Honduras tras los daños causado por el Huracán Mitch, y (c) luego de que dicha asistencia fue oficialmente perseguida por el propio Gobierno hondureño con la motivación de que la misma era esencial para la recuperación y el desarrollo del país.
275. En cuanto a los elementos restantes del *test Salini*, este Árbitro Único procede a considerar la presencia de los mismos en las características del Contrato objeto de análisis. Primero, la aportación de Elsamex ha sido demostrada en su contribución de *know-how* o aporte de conocimientos técnicos, personal capacitado, equipo necesario para la realización de las obras y el otorgamiento de las Garantías con sus correspondientes gastos financieros. Segundo, la ejecución del Contrato duró lo suficiente para satisfacer este requisito. Debe tenerse en cuenta que la oferta del licitante fue presentada desde el 17 de enero de 2003, el Proyecto inicial planteaba una duración de 26 meses que fue ampliada luego a 40 meses y 15 días y la duración de las garantías fue extendida varias veces hasta el 30 de septiembre de 2008.⁸⁶ Tercero, el riesgo en la ejecución del presente Contrato se encuentra demostrado por la naturaleza misma de los contratos de ingeniería civil, en los cuales el coste total del Proyecto es difícil de predecir y, con el otorgamiento de garantías que incrementan dicho riesgo, tal y como se demostró en este caso al ser ejecutadas por decisión unilateral de la Administración. En ese sentido, este Árbitro coincide con la posición del Tribunal en *Bayindir c. Pakistán* respecto al riesgo inherente que existe en los Contratos de larga duración.⁸⁷
276. En adición a lo anterior, los contratos suscritos entre particulares y entidades estatales, como es el caso, tienen dos elementos comunes que generan un desequilibrio entre las partes por su propia naturaleza, incrementando el riesgo característico de los mismos para el particular: (i) las entidades administrativas gozan de ciertas facultades potestativas que les permiten ser juez y parte a la vez; y, (ii) se asemejan a los contratos de adhesión pues el particular tiene poco margen de negociación sobre el formato suministrado.
277. Honduras alega que el Contrato era meramente comercial (y, por ende, no era una inversión) porque el Convenio de Crédito suscrito entre el Gobierno de España y SOPTRAVI se refiere al contrato suscrito entre Elsamex (exportador español) y SOPTRAVI (importador hondureño) como "Contrato Comercial" y describe que su propósito es el suministro de bienes y servicios financiados en virtud de dicho Convenio.

⁸⁶ *Bayindir c. Pakistán*, *op. cit.*, ¶ 132-133

⁸⁷ *Ibid.*, ¶ 136.

278. No obstante lo anterior, la denominación del Contrato como comercial dentro del Convenio de Crédito no resulta relevante para este Árbitro Único por dos razones. Primero, generalmente en el derecho, la denominación que se le otorgue a un contrato dentro de otro contrato entre partes distintas no define ni cambia la naturaleza del primero, salvo que se trate de una modificación o sustitución de aquél. Segundo, la denominación como contrato comercial antes referida tiene que ver con una clasificación interna del Convenio de Crédito para distinguir un contrato del otro y, para resaltar que el referido es el contrato que le fue adjudicado a una empresa española, conforme lo exigían las condiciones de los programas de cooperación para promover la exportación de bienes y servicios españoles.

279. Finalmente, la Demandada plantea que el no haber registrado los Contratos como inversión en Honduras implica que los mismos no puedan considerarse una inversión en el país.⁸⁸ Indica, además, que las Partes acordaron como ley aplicable en los Contratos la de Honduras y que, por lo tanto, la falta de cumplimiento con lo establecido en la Ley de Inversiones no permite el acceso a la jurisdicción del CIADI.

280. Sobre lo antes expuesto resulta pertinente hacer tres aclaraciones. Primero, conforme al derecho internacional, la definición transnacional del concepto de inversión debe primar sobre la local para interpretar el sentido del Convenio y la existencia de jurisdicción del Centro debe analizarse en el marco del artículo 25 del mismo. Segundo, el acuerdo de las Partes sobre la aplicación de la ley hondureña, reflejado en los Datos del Contrato, tiene que ver con el derecho aplicable a los méritos de la disputa y no gobierna la decisión sobre la existencia de jurisdicción del CIADI. Tercero, Honduras no ha probado en el proceso la existencia de una limitación al espectro de la protección ofrecida por el Convenio a los inversionistas nacionales de los Estados Contratantes.⁸⁹

281. El Árbitro Único considera que, el consentimiento de Honduras de someterse al arbitraje CIADI, mediante la expresa inclusión de esa referencia en la cláusula arbitral en los Contratos, es también una fuerte indicación de que para Honduras, en su calidad de estado receptor, el Proyecto de Rehabilitación de la Carretera Tegucigalpa-Danlí, CA-6 era una inversión por parte de Elsamex. El peso que la susodicha manifestación tiene no puede ser ignorado por el Árbitro en este caso.

282. En términos prácticos y, por las razones expuestas a lo largo de esta sección, un consentimiento semejante por parte del Estado receptor, debe operar al menos, como una presunción de que en efecto se trata de una inversión.⁹⁰ Bajo ninguna óptica de neutralidad o razonabilidad puede considerarse que Honduras ha probado lo contrario.

⁸⁸ El Árbitro Único resalta que el argumento anterior es contrario a las propias alegaciones de Honduras cuando afirma que el término "inversión" es definido por los precedentes CIADI (Honduras, MDFyRR, ¶ 54)

⁸⁹ Quizás el análisis sería distinto o, al menos sustancialmente más complejo, si Honduras hubiese utilizado un mecanismo de notificación al CIADI para ajustar el espectro de "inversión" protegido por el Estado en su calidad de receptor, como es el caso de Turquía, que somete las inversiones a un proceso regulatorio de filtro y aprobación previa: sólo da su consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI con respecto a aquellas inversiones que han sido registradas en el país y aprobadas por la propia Administración turca. Ver DAVIS MORTENSON, Julian, *op. cit.*, Pág. 294.

⁹⁰ En *Kaiser Bauxite Company c. Jamaica* (Caso CIADI No. ARB/74/3), Decisión sobre Jurisdicción y Competencia, Julio 6, 1975, *Reporte CIADI*. 296 (1993), ¶ 171, el Tribunal resaltó el peso que se le debe dar al consentimiento otorgado por las partes de someterse a la jurisdicción del Centro y la relación del mismo con la determinación de la existencia de una inversión, por la expectativa que le crea al inversionista: "*Moreover, it seems*

283. Por las consideraciones anteriores, el Árbitro Único encuentra que se han satisfecho los requisitos del Convenio del CIADI para la existencia de una inversión y, en consecuencia, las alegaciones de Honduras para refutar la misma no son aceptables. Además, cabe recordar que dadas las circunstancias particulares de este caso, la rehabilitación de la Carretera no sólo contribuyó al desarrollo económico, sino que también propició uno de los objetivos principales del Convenio, siendo éste, la cooperación internacional entre Estados.

5. Jurisdicción del Centro sobre las Garantías Bancarias

5.1. Posición de las Partes

5.1.1. Honduras

284. Honduras considera que el Centro no tiene jurisdicción sobre la reclamación relativa a la ejecución de las Garantías y los gastos financieros asociados a las mismas y, en consecuencia, solicita que se desestimen del conjunto de reclamaciones hechas por la Demandante sobre la materia, argumentando que éstas deben ser resueltas por un tribunal local. Asimismo, Honduras indica que las Garantías son un elemento comercial de un contrato y que no existe un panel [de arbitraje] que haya considerado a las garantías como un contrato de inversión. (Honduras: ¶46, MCD ; Págs. 37 y 38, Audiencia)

285. Las reclamaciones relativas a las Garantías, por su propia naturaleza, dice Honduras, tampoco surgen directamente de una inversión. En efecto, los derechos de las partes en una garantía financiera no son asuntos derivados de una inversión (Honduras, ¶43, MCH). La Demandada basa sus afirmaciones en la decisión en *Joy Mining c. Egipto* en la que el Tribunal consideró que una garantía bancaria no es una inversión.⁹¹ (Honduras: ¶47-49, MCD; ¶59-62, MDFyRR)

5.1.2. Elsamex

286. Elsamex, por su parte, afirma que las Garantías forman parte de la totalidad del proyecto y de la relación contractual de la cual surge la presente disputa. Además, la Demandante resalta el enfoque de la unidad general de la operación de inversión, seguido mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina y, señala que de los Contratos emanan numerosos actos para su ejecución, tales como las garantías constituidas con base en dichos Contratos que fueron exigidas para la ejecución del Proyecto. (Elsamex: ¶99-102, MRFyCR; ¶38, MDR).

287. La teoría de la unidad de la inversión dispone que la operación debe ser analizada como un todo y no considerando los elementos de la misma de forma aislada. Esta teoría ha sido confirmada por la jurisprudencia CIADI de manera contundente, incluso en los

clear to the Tribunal that a case like the present, in which a mining company has invested substantial amounts in a foreign State in reliance upon an agreement with that State, is among those contemplated by the Convention." Ver también SCHREUER C, *op. cit.*, ¶129-133, Págs. 119-120.

⁹¹ *Joy Mining Machinery Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11) Decisión sobre Jurisdicción, Agosto 6 de 2004.

casos citados por Honduras para fundamentar su posición (como *Joy Mining c. Egipto* y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*). Elsamex concluye entonces, que el Proyecto es una inversión y, por consiguiente, tanto los Contratos que lo incorporan jurídicamente, como los contratos realizados para su ejecución o derivados de los mismos, surgen directamente de esa inversión, incluyendo las Garantías constituidas con base en los Contratos. Es irrelevante que las Garantías tengan o no un carácter comercial siempre y cuando surjan de una inversión, que en este caso es el Proyecto. Elsamex resalta que no encontró ninguna decisión del CIADI que considere que las garantías ligadas a un proyecto de obras de ingeniería civil caigan por fuera del ámbito de la jurisdicción del CIADI. (Elsamex, ¶136 y 157-160, ACE).

5.2. Determinación del Árbitro Único

288. Es común que una inversión comprenda varias transacciones complementarias. En el presente caso se otorgó una Garantía de Calidad y dos Garantías de Fiel Cumplimiento por el 15% del valor de los Contratos. Sin embargo, es irrefutable que el único propósito de la celebración de las referidas garantías ejecutables al primer requerimiento, fue respaldar los Contratos para la Rehabilitación de la Carretera.

289. Las garantías fueron ejecutadas por la República de Honduras por considerar que la Demandante no había cumplido con sus obligaciones bajo los Contratos. Existe, por lo tanto, un vínculo directo entre las garantías y los Contratos. Este Árbitro Único considera que en estos casos el principio de la unidad de la inversión debe primar. No resulta eficiente para las Partes, ni para el sistema de arbitraje CIADI, en general, que los reclamos que guarden relación directa con una misma inversión sean desmembrados en varios procedimientos.⁹² Además, dadas las características del asunto en cuestión, un desmembramiento de las reclamaciones en varios procedimientos independientes podría conducir a la toma de decisiones contradictorias, desinformadas o injustas, al no tener en cuenta todos los elementos que componen el caso así como la totalidad de los derechos y las obligaciones de las Partes involucradas.

290. En este orden de ideas, el presente caso se asemeja a *Holiday Inns c. Marruecos*, en donde el tribunal enfatizó la unidad de una operación de inversión y manifestó que no sería consonante con la realidad económica ni con la intención de las partes considerar de forma independiente cada uno de los actos jurídicos que forman parte de una inversión.⁹³

291. Asimismo, en *CSOB c. República Eslovaca*, el Tribunal consideró que el término "*directamente*" no debería llevar a una interpretación restrictiva por el hecho de que el reclamo se base en una obligación que por sí sola no constituiría una inversión. El tribunal consideró que la obligación de la garantía a cargo de Eslovaquia se encontraba estrechamente relacionada al préstamo realizado por CSOB, el cual era parte de la operación global para la consolidación y el desarrollo de la actividad bancaria de CSOB en la República Eslovaca. Dicho tribunal concluyó que la disputa surgía directamente de una inversión.⁹⁴

⁹² SCHREUER C, *op. cit.*, ¶104, Pág. 112

⁹³ *Holiday Inns c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de mayo de 1974; Lalive P., *The First World Bank Arbitration -Some Legal Problems*, 51 *British Year Book of International Law* 123 (1980), Pág. 159.

⁹⁴ El Tribunal manifestó: "*The Tribunal agrees with the interpretation adopted in the Fedax case. An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which,*

292. El Árbitro Único se identifica con la antedicha interpretación armónica de los contratos y los distintos actos y relaciones jurídicas que surgen de los mismos. Además, se aclara que esta posición no es contradictoria con la posición del Tribunal en *Joy Mining c. Egipto*, citada por Honduras, ya que la garantía referida en ese caso fue otorgada para respaldar un contrato de venta, que no constituía una inversión.⁹⁵

293. Por las observaciones anteriores este Árbitro Único considera que las reclamaciones respecto a las Garantías de Fiel Cumplimiento y de Calidad se encuentran dentro de su competencia *ratione materiae*.

B. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. Posición de las Partes

294. A continuación se expone un breve resumen de la posición de las Partes exclusivamente en cuanto a la admisibilidad de la Demanda de Reconvención interpuesta por Honduras a fin de evitar repeticiones innecesarias.

1.1. Honduras

295. Honduras interpuso una Demanda de Reconvención argumentando que Elsamex incumplió el Contrato porque las obras ejecutadas por el Contratista son de mala calidad y además no fueron debidamente terminadas. Adicionalmente, Honduras alega que Elsamex incumplió el Contrato al negarse a corregir oportunamente los defectos, ignorando las instrucciones de la Supervisión. Todo esto, a juicio de Honduras, causó fallas supremamente graves a lo largo de la Carretera que dan lugar a la reclamación pretendida. A continuación se exponen los argumentos jurídicos sobre los cuales Honduras sustenta la admisibilidad de su contra-demanda.⁹⁶

296. Primero, Honduras resalta que el precio del Contrato incluía la ejecución y terminación de las obras según las Especificaciones, así como la corrección de los defectos de las mismas (Contrato, numeral 3, pág. 2; Honduras, ¶100, MCH). La Demandada considera demostrado que la Carretera no fue terminada completamente y adolece de defectos serios atribuibles a Elsamex.⁹⁷ Según las Condiciones del Contrato, el Contratista tenía la obligación de remediar los defectos (Cláusula 35) o pagar por su remediación (Cláusula

standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment” (CSOB c. República Eslovaca (Caso CIADI No. ARB/97/4), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, ¶12, 70-75, 82, 91.)

⁹⁵ MCLACHLAN C, SHORE L, WEINIGER M. *International Investment Arbitration*, New York, Oxford University Press Inc., 2007, Págs. 167-168, ¶6.17

⁹⁶ Honduras considera que la Demanda de Reconvención debe ser admitida y cita como precedente el caso de *Alex Genin etc. c. Estonia* para demostrar que un Estado demandado puede interponer una contra-demanda. (Demandada, ¶127, MCD).

⁹⁷ En criterio de la Demandada, la sola existencia de esos defectos, demuestra, *per se*, que Elsamex ha incumplido además, su obligación contractual de vigilar, mantener o corregir tales defectos.

36). En consecuencia, Honduras argumenta que hay lugar a una indemnización en su favor por el valor de la reparación de dichos defectos en tanto que se verá obligada a reparar la Carretera en su integridad (Honduras, ¶232, MDFyRR).⁹⁸

297. Segundo, además de la responsabilidad derivada de las cláusulas contractuales expuestas, Honduras resalta que tiene derecho a ser indemnizado porque la actuación de Elsamex fue negligente o dolosa al causar los daños y perjuicios a la Administración, conforme lo dispone el Art. 1360 del Código Civil (Honduras, ¶101, MCH). Honduras también trae a colación dos analogías para fundamentar su tesis sobre la responsabilidad por defectos a cargo de Elsamex frente al incumplimiento antes descrito, indicando que aplica el Art. 1351 del Código Civil (sobre la obligación de conservar la cosa hasta su entrega),⁹⁹ y el Art. 1644 del Código Civil (saneamiento por vicios ocultos en la compraventa aun cuando el vendedor los ignore) (Honduras, ¶87-92, 215-222, 229, 231, Anexo 41 MDFyRR; Audiencia, Día 1, pág.161).

298. Finalmente, tanto en la Audiencia como en el Memorial de Conclusiones, la Demandada argumentó que Elsamex incurrió a su vez en responsabilidad extracontractual por su negligencia. En particular, la Demandada subraya que al momento de licitar, Elsamex: (a) no presentó las revisiones que requería el diseño aun cuando lo estimaba inadecuado; y (b) ofreció un precio muy bajo, a sabiendas de que no era suficiente, con miras obtener el Contrato. Honduras recalca que, luego de que el Contrato le fuera adjudicado, el Contratista solicitó USD\$3 millones adicionales sobre el precio pactado, aun cuando se recortó el largo del trabajo de rehabilitación y, ahora, pretende USD\$11 millones más.¹⁰⁰ Para Honduras, los cambios al diseño y los costos de éstos debieron incluirse en la propuesta de Elsamex durante la licitación.

1.2. Elsamex

299. Elsamex considera que la Contra-Demanda no es admisible y por ello debe ser rechazada en su totalidad (Elsamex, ¶412-417, MRFyCR; Audiencia, ¶151-247). La Demandante niega cualquier responsabilidad a su cargo por concepto de defectos y daños de la Carretera. Elsamex considera demostrado que la Carretera fue terminada exitosamente, salvo detalles menores que Honduras explotó para negarse a expedir el certificado de terminación de obras y ejecutar las garantías. (Elsamex, ¶413 y 416, MRFyCR). Elsamex aclara que su responsabilidad se extiende únicamente a los daños o defectos causados por no ejecutar la obra conforme a lo previsto en el Contrato, es decir, por no cumplir con las especificaciones técnicas aplicables.

⁹⁸ Nótese que más adelante se discutirán las cuantías y el fondo de lo pretendido por Honduras.

⁹⁹ Esta obligación se asemeja a la diligencia impuesta al buen padre de familia en el Art. 1094 del Código Civil de España. Honduras explica que el concepto del "buen padre de familia" es una de las figuras que, en el incumplimiento de un Contrato, también se utiliza para determinar el dolo (es decir, si se ha incumplido voluntariamente) o negligencia (es decir, no ha tenido el cuidado que debería haber tenido), de dicho incumplimiento. Honduras considera que el incumplimiento de las obligaciones del Contrato por parte del Elsamex es doloso o, por lo menos, es negligente, ya que, como se ha recalcado anteriormente, Elsamex fue notificado de los defectos de las Obras en reiteradas ocasiones mediante distintos Oficios, y aún así, se negó a subsanarlos. (Honduras, ¶217-218 y 224 MDFyRR)

¹⁰⁰ Audiencia, Día 1, págs. 129 y 161 y Honduras, ¶122 y literal f) de la Sección de Conclusiones, MCH.

En adición a lo anterior, Elsamex sostiene que el cálculo de daños sobre el cual Honduras fundamenta su petición es contrario a los hechos y al derecho porque desconoce abiertamente lo pactado frente a cualquier valoración de defectos en el Contrato, ya que la misma debía ser efectuada por la Supervisión directamente (Cláusulas 36 y 60.1) (Elsamex, ¶175, 176, 226-235, MDR; ¶108, ACE).

300. Igualmente, Elsamex recalca que no hay base para ningún tipo de responsabilidad extracontractual en relación con la ejecución de los Contratos (Elsamex, ¶189-193. MDR).

301. En el evento en que el Árbitro Único determine que Elsamex es responsable de indemnizar a Honduras, en todo caso, para Elsamex, cualquier indemnización imputable a ella en virtud del Contrato estaría limitada al monto de las Garantía de Fiel Cumplimiento y, en virtud de la ley hondureña, estaría limitada al coste de reparación de los defectos al momento de recepción de las obras por Honduras (en el año 2008) (Elsamex, ¶209-215, MDR).¹⁰¹

2. Decisión del Árbitro Único

302. A juicio de este Árbitro, la Reconvención presentada por Honduras cumple con los requisitos establecidos en el artículo 46 del Convenio CIADI¹⁰² y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI¹⁰³. La misma está (i) relacionada directamente con la diferencia; (ii) se encuentra dentro del consentimiento otorgado por las Partes en la Cláusula 25.3 y los Datos del Contrato, ya que éstas no pactaron ninguna limitación en contrario; (iii) cae dentro de la jurisdicción del Centro, pues surge de la misma inversión objeto de análisis; y, (iv) fue presentada en el memorial de contestación (es decir, dentro del plazo establecido por las Reglas de Arbitraje del CIADI). No obstante lo anterior, resulta pertinente hacer algunas precisiones.

303. La normativa civil hondureña a la que alude Honduras para fundamentar parte de su Contrademanda, es inaplicable porque el Contrato prevé cláusulas específicas sobre la materia y además la Ley de Contratación del Estado regula los eventos de incumplimiento del Contratista en materia de defectos, de manera que sería ésta y no aquélla la que aplica en este caso. Lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho privado sólo aplica

¹⁰¹ Para Elsamex, Honduras es responsable por el mantenimiento de la Carretera desde el año 2008 y no la ha mantenido adecuadamente, por lo cual, la condición actual de la Carretera no es consecuencia necesaria de un incumplimiento del Contratista.

¹⁰² "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro."

¹⁰³ «(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvención que se relacione directamente con la diferencia, siempre que esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro. (2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvención a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento. (3) El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre la misma.»

supletoriamente. Adicionalmente, las analogías que trae a colación la Demandada provienen de instituciones jurídicas y regímenes diferentes.¹⁰⁴

304. Los argumentos de Honduras que tengan relación a obligaciones de origen extracontractual o derivadas de hechos que no están relacionados con el Contrato como tal, están por fuera de la jurisdicción del Centro y de la esfera de competencia de este Árbitro Único. Es decir que, toda reclamación de naturaleza extracontractual resulta inadmisibles en el contexto que nos ocupa, puesto que el Contrato suscrito entre las Partes es el instrumento a través del cual se otorga el consentimiento a la jurisdicción CIADI, y por ello la disputa tiene que surgir con ocasión a éste o a cualquier contrato accesorio al mismo.

305. Respecto a lo demás, se concluye que la Reconvención es admisible.

C. DERECHO APLICABLE

1. Posición de las Partes

306. A continuación se expone un breve resumen de la posición de las partes en cuanto al derecho aplicable en el caso que nos ocupa.

1.1. Elsamex

307. La Demandante señala que los Contratos se rigen por la legislación hondureña en todo aquello que no contravenga lo estipulado en los Convenios de Crédito suscritos entre España y Honduras para la financiación del Proyecto de Rehabilitación Tegucigalpa-Danlí. En esa línea de pensamiento, menciona que son aplicables la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, la Ley de Procedimiento Administrativo y el Código Civil de la República de Honduras (Elsamex, ¶24, MD).

308. El derecho internacional, en conjunto con el hondureño, es vinculante debido a que: los Contratos se enmarcan en la financiación otorgada por España a Honduras, han sido suscritos por un particular extranjero y la resolución de controversias está sujeta a un arbitraje de inversión según lo dispuesto por el Convenio del CIADI. Añade además la Demandante, que los Tribunales CIADI pueden tener en cuenta las disposiciones del derecho internacional que resulten aplicables, a pesar de que las Partes hayan elegido una determinada ley nacional (Elsamex, ¶25,26, MD).

1.2. Honduras

309. La Demandada manifiesta que son aplicables a las diferencias objeto del presente arbitraje la Constitución de la República de Honduras, los Contratos y sus modificaciones,

¹⁰⁴ Primero, la obligación de dar, no viene al caso cuando un contrato de obra pública comprende, por su naturaleza, una obligación de hacer. Segundo, la compraventa también comprende una obligación de dar y nada tiene que ver con el contrato de obra. Tercero, el estándar de diligencia impuesto en la legislación civil entre particulares resulta irrelevante frente a los hechos de este caso. Asimismo, la normativa civil española nada tiene que ver con el caso que nos ocupa.

los Documentos de Licitación y los siguientes cuerpos legales: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Código de Comercio, Código Civil, Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, Ley General de la Administración Pública y demás derecho supletorio nacional. En adición a lo anterior, son de aplicación el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI (Honduras, ¶129, MCD).

2. Decisión del Árbitro Único

310. El Convenio CIADI en su Art. 42 establece el derecho que se deberá aplicar al objeto de la controversia. El numeral 1 del citado artículo señala lo siguiente:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

311. Resulta aplicable al presente caso lo establecido en la primera oración del artículo 42 (1). El Árbitro Único entiende que las Partes eligieron la legislación hondureña como ley aplicable para resolver las disputas objeto de este arbitraje, siempre que aquella no contradiga lo estipulado en los Convenios de Crédito respectivos. El acuerdo de las Partes se encuentra expresado en los documentos contractuales de la siguiente manera: La Cláusula 3.1. de las Condiciones del Contrato establece que los Datos del Contrato especifican la ley que regirá el mismo. Al respecto, los Datos del Contrato determinan lo siguiente:

Las leyes por la [sic] que se regirá el Contrato son las de la República de Honduras, en todo aquello que no contravenga [sic] a lo estipulado en los respectivos Convenios de Crédito suscritos entre la República de Honduras y el Gobierno de España para este proyecto.¹⁰⁵

312. Debe señalarse que la elección del derecho acordada por las Partes en los Contratos comprende toda la normativa hondureña que resulte aplicable y no únicamente aquellas normas mencionadas por las Partes en sus memoriales. Si la intención de las Partes hubiera sido el limitar el derecho aplicable a normas específicas de la legislación hondureña podrían haberlo hecho y expresado así en el Contrato. La primera oración del artículo 42(1) se refiere a "normas de derecho" más que a "sistemas de derecho" lo que comúnmente se interpreta como la posibilidad de las Partes de efectuar una elección parcial del derecho aplicable.¹⁰⁶

313. Adicionalmente, el Árbitro Único observa que deberá tenerse en cuenta para la resolución de la cuestión, cuando quiera que exista una discrepancia o contradicción entre los diferentes documentos Contractuales, la prelación acordada por las partes en la Cláusula 2.3 de las Condiciones del Contrato que trata sobre la interpretación de los documentos Contractuales:

¹⁰⁵ Existe una diferencia en cuanto al uso en singular y plural de la expresión "Convenio de Crédito" en los Datos de los Contratos Mitch y FAD; este Árbitro no considera que lo anterior altere el análisis.

¹⁰⁶ SCHREUER C, *op. cit.*, ¶ 39, Pág. 563.

- 1) *Contrato*
- 2) *Carta de aceptación*
- 3) *Documento de licitación*
- 4) *Oferta del Contratista*
- 5) *Datos del Contrato, [sic]*
- 6) *Condiciones del Contrato*
- 7) *Especificaciones técnicas, especiales y generales*
- 8) *Planos*
- 9) *Lista de cantidades, [sic]*
- 10) *Documentos de Precalificación entregados por el Contratista, y*
- 11) *Todo otro documento que los Datos del Contrato indiquen que forma parte del Contrato.*¹⁰⁷

314. En cuanto a la referencia que se hace sobre los Convenios de Crédito en la cláusula de ley aplicable, el Árbitro Único advierte que solicitó a las Partes la presentación de copias de los Convenios de Crédito suscritos entre el Reino de España y la República de Honduras referentes a la financiación del Proyecto objeto de la controversia;¹⁰⁸ y, por lo tanto, realizará su análisis con base en la documentación aportada.¹⁰⁹

315. No hay una posición predominante en la práctica CIADI respecto a la aplicación del derecho internacional cuándo éste no ha sido incluido por las Partes en conflicto en la elección de ley aplicable. No obstante, existe una marcada tendencia tanto en las decisiones de los Tribunales como en la doctrina, inclinada a afirmar que los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional deben ser aplicados pese a que éste no haya sido específicamente mencionado por las Partes en el acuerdo mediante el cual eligieron el derecho aplicable.¹¹⁰

316. El Árbitro Único considera que en el presente caso es necesario tomar en cuenta lo establecido por la Constitución de la República de Honduras. La misma afirma que los tratados internacionales en vigor forman parte del derecho interno y prevalecen sobre la ley local en caso de conflicto.¹¹¹ Por lo que, en caso de ser necesario, se tomará en cuenta lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹² y se usarán las fuentes del derecho internacional determinadas en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹¹³

¹⁰⁷ El texto citado por Elsamex en el ¶27 de su MD, respecto a la cláusula 2.3 de las Condiciones del Contrato, no coincide con el texto literal de los numerales 10 y 11 de dicho documento.

¹⁰⁸ Comunicación dirigida por la Secretaria del Tribunal a las partes de fechas 23 de febrero de 2010.

¹⁰⁹ Es responsabilidad y del interés de las partes el someter a consideración del Árbitro todas las pruebas que consideren relevantes para probar su causa. El Árbitro tiene la facultad, sin embargo, de requerir a las partes la presentación de documentación adicional que complemente o aclare lo aportado por ellas. En este sentido ver SCHREUER C, *op. cit.*, ¶¶ 10,11, 44, 45, Págs. 643, 651-652.

¹¹⁰ SCHREUER C, *op. cit.*, ¶¶ 105 y 115, Págs. 583 y 587.

¹¹¹ Artículos 16 y 18 de la Constitución Política de la República de Honduras de 1982, Anexo 56 del MCD. Disponible también en (actualizada hasta el Decreto 36 del 4 de mayo de 2005): http://www.bch.hn/download/juridico/leyes/constitucion_republica.pdf

¹¹² U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

¹¹³ Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

317. En conclusión, el Árbitro Único resolverá la controversia aplicando la legislación hondureña en cuanto ésta no contravenga lo estipulado en los Convenios de Crédito. En caso de que la ley hondureña no trate algún tema en particular o exista conflicto entre ésta y el derecho internacional, este último prevalecerá.

D. CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

1. Reclamaciones relacionadas con la fase de Finalización del Proyecto

318. En vista de que los fundamentos de la Demanda de Elsamex sobre la finalización del Proyecto, la calidad de las obras y la causa de los daños están íntimamente relacionados con su defensa frente a la Reconvención presentada por Honduras, y a su vez los argumentos de la defensa de Honduras en cuanto a la indebida finalización del Proyecto se encuentran intrínsecamente relacionados con los fundamentos de su contrademanda, el análisis de esta sección de la Demanda y del fondo de la Reconvención se hará de forma conjunta a continuación.

319. En esta sección el Árbitro Único procederá a definir si en efecto son procedentes las alegaciones de Honduras (basadas en las imputaciones de Inocsa) sobre la indebida calidad y terminación de los trabajos o, si por el contrario, son procedentes las reclamaciones de Elsamex derivadas de la fase de finalización del Proyecto. En primer lugar, el Árbitro Único examinará los deterioros que presenta hoy la Carretera y la causa probable de los mismos, para determinar si éstos son el resultado de (a) mala calidad de la obra, ya sea por incumplimiento de especificaciones técnicas o indebida terminación de la obra, (b) diseño inadecuado del Proyecto, u (c) otra circunstancia. Segundo, una vez establecido lo anterior, el Árbitro Único, entrará a analizar sobre quién recae la responsabilidad de las fallas y los deterioros prematuros de la Carretera desde el punto de vista legal y contractual y a partir de ello definir si en efecto procede total o parcialmente la indemnización pretendida por Honduras en su Demanda de Reconvención por defectos de calidad e indebida terminación de la obra.

320. Habiendo determinado lo antedicho, el Árbitro Único procederá a analizar si cada una de las siguientes reclamaciones de Elsamex (ligadas a las imputaciones de Inocsa y las actuaciones de SOPTRAVI correspondientes) tienen asidero: (i) ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a emitir el Certificado de Terminación de Obras? (ii) ¿Incumplió SOPTRAVI sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al no recibir las Obras? (iii) ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a tramitar y pagar la Est. No. 37? (iv) ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse

«Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.»

a devolver las retenciones efectuadas a Elsamex? (v) ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al ejecutar las Garantías?

1.1. Fallas de la Carretera, causas y responsabilidad de las Partes

321. Las Partes coinciden en que la Carretera adolece de ciertos problemas pero sus posiciones difieren radicalmente en cuanto al valor de reparación de estas fallas, al porcentaje de la obra que las mismas representan, su origen y, por ende, la responsabilidad que conllevan. Para determinar la responsabilidad de las Partes en relación con las fallas de la obra, tanto los hechos como los argumentos presentados por las Partes deben ser analizados a la luz de lo dispuesto en el Contrato y en la ley. En primer lugar, se analizarán las objeciones presentadas respecto a la admisibilidad de las pruebas periciales aportadas y rendidas durante la Audiencia con el fin de decidir si los dictámenes, presentaciones e interrogatorios de cada perito pueden ser tomados en cuenta en el análisis que nos ocupa. Segundo, se estudiará la naturaleza legal y contractual de los potenciales factores causantes de las fallas de la Carretera. Tercero, se procederá a examinar las causas técnicas y fácticas de estas fallas de la Carretera y se analizará si las mismas se derivan de: (a) defectos de calidad por incumplimiento de especificaciones técnicas, (b) problemas en el diseño o (c) si existe alguna otra causa extraña o ajena a las Partes. Finalmente, se expondrán las conclusiones sobre la naturaleza de las fallas y el costo estimado de su reparación.

1.1.1. Objeciones a la admisibilidad y a la credibilidad de las presentaciones e informes de los peritos

322. Antes de entrar a analizar los problemas de la Carretera citados en la sección anterior, este Árbitro Único se referirá a las objeciones propuestas por las Partes en relación con la admisibilidad y el valor probatorio de las pruebas periciales. Para el efecto resulta pertinente aclarar que este Árbitro Único no se encuentra limitado ni obligado desde el punto de vista formal para aplicar normas locales en materia procesal y probatoria. Por el contrario, los tribunales del CIADI tienen plena libertad de admitir las pruebas rendidas que consideren pertinentes y de evaluar su valor probatorio conforme lo indica la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.¹¹⁴

323. En el caso que nos ocupa, cada Parte basa su posición técnica en los informes y presentaciones en la Audiencia de su respectivo perito y, a su vez, controvierte la admisibilidad y/o credibilidad de la presentación y los informes preparados por el perito de la contraparte.

1.1.1.1. Posición de Honduras

324. Honduras sostiene que los Informes de Intevía no deben admitirse como prueba para rebatir las conclusiones de Inocsa y GyP porque (a) Elsamex no reveló que Intevía forma parte del Grupo Elsamex, (b) los peritos deben dar opiniones independientes, con lo cual no es posible establecer si Intevía estaba en capacidad de emitir una opinión autónoma y

¹¹⁴ Al respecto la doctrina ha explicado lo siguiente: «ICSID arbitration is not governed by formal rules nor national laws on evidence. ICSID Tribunals have full discretion in assessing the probative value of any piece of evidence introduced before them». (SCHREUR, C. Op cit, pág. 666, ¶104).

objetiva; (c) Intevía se basó fundamentalmente en los datos técnicos suministrados por Elsamex y (d) el Ingeniero Ruiz ha admitido que él mismo no puede confirmar la validez de esa información y resúmenes técnicos sobre los cuales basa su peritaje. Honduras apela a la similitud de las antedichas circunstancias frente al caso estadounidense *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (S.D.N.Y. 2011), en el cual la corte declaró inválida la sentencia multimillonaria de primera instancia en Ecuador contra *Chevron* por haberse basado en un peritaje presentado por el experto de los demandantes, que a su vez se fundamentó en información proporcionada por un consultor de los abogados de los demandantes, constituyendo un fraude al Tribunal. En el presente procedimiento, arguye Honduras, existe una relación mucho más cercana porque Elsamex en calidad de demandante es a su vez la compañía matriz de Intevía (entidad que emite los informes periciales sobre los cuales se basa Elsamex). Por lo anterior, para Honduras, los Informes de Intevía deben ser excluidos y cualquier decisión contraria por parte del Tribunal sería violatoria del debido proceso y levantaría serias dudas sobre la imparcialidad de su decisión. (Honduras, ¶177-188, MDFyRR; ¶103-106 y Anexo 43, MCH).

1.1.1.2. Posición de Elsamex

325. Elsamex explica que nunca ocultó la afiliación entre Intevía y Elsamex (Audiencia, Día 2, Pág. 377-379). Por el contrario, existen argumentos fuertes para cuestionar la independencia y transparencia del Ing. Alvarado y GyP frente a la Administración porque: (a) hay errores y contradicciones en los Informes de GyP que muestran su descuidado manejo de los datos, sugiriendo que no son fiables;¹¹⁵ (b) los datos son selectivos;¹¹⁶ (c) los errores e inconsistencias¹¹⁷ en los cálculos de daños elaborados por GyP favorecen de manera uniforme a la Demandada y sugieren que los cálculos han sido inflados para satisfacer las necesidades de Honduras (Audiencia, Día 2, Págs. 430-437); (d) su participación en el Proyecto inició antes de que se comenzara el arbitraje (Audiencia, Día 2, Pág. 377); y (e) su interrogatorio reveló que su principal cliente y empleador es Honduras (Audiencia, Día 2, Págs. 377-379). (Elsamex, ¶33 y ¶37, ACE; Audiencia, Día 2, Págs. 220-221, 366-367, 402-403).¹¹⁸

1.1.1.3. Consideraciones del Árbitro Único

¹¹⁵ Por ejemplo: (a) hay varios errores simples en las cantidades, precios y cálculos de los daños alegados en la Reconvencción; y (b) en su análisis técnico el Ing. Alvarado declaró que las grietas fueron un problema exclusivamente de las capas asfálticas, pero su cálculo de daños incluyó conceptos relacionados con la base, subbase y subrasante. (Elsamex, ¶36; Audiencia, 430-437).

¹¹⁶ Por ejemplo: (a) GyP conocía el parámetro de la deformabilidad, sabía que cumplía con las Especificaciones, y sabía que no confirmaba su teoría de que el betún se había oxidado, pero prefirió ignorarlo; y (b) GyP no reveló que en los corazones extraídos en 2010 no había separación de capas, información que contradecía, de manera significativa, su teoría de que había un problema en la adhesión entre las capas (Elsamex, ¶35, ACE; Audiencia, 497-498 y 503).

¹¹⁷ Algunos ejemplos de ello son: (a) la contradicción entre los datos de GyP y la posición del Dr. Tejeda que indicó que la subrasante era de mala calidad y (b) la insistencia en que la temperatura de la mezcla era la causa de las grietas, sin considerar los datos de control, a pesar de que los mismos indicaron que la temperatura era la correcta (Elsamex, ¶32, ACE; Audiencia, 417-427, 394-395).

¹¹⁸ Por ejemplo, aun cuando había controles del proceso de fabricación de betún con resultados controlados por ambas Partes, Elsamex y la Supervisión, y que éstos requerían aprobación específica de Inocsa, el Ing. Alvarado ignoró por completo los datos de control contractuales (Elsamex, ¶34, ACE; Audiencia, 381).

326. A juicio de este Árbitro Único, las objeciones a la admisibilidad de las pruebas periciales presentadas por las Partes por concepto de dependencia económica carecen de relevancia en este caso. Primero, ambos peritos son peritos de parte. Segundo, la dependencia económica del Ingeniero Alvarado, al trabajar principalmente para el Estado y además ser catedrático de una universidad estatal,¹¹⁹ tiene el mismo riesgo de parcialidad (o al menos un riesgo similar) a la dependencia económica del Ingeniero Ruiz, como empleado de una compañía afiliada a Elsamex. Tercero, si bien es cierto que Elsamex no reveló específicamente su relación con Intevía en los memoriales iniciales, el nexo aparece en las páginas web del Grupo Elsamex y de Intevía,¹²⁰ no fue ocultado ni negado y, en todo caso, en la Audiencia, el perito de Intevía expuso claramente la relación entre las sociedades y la naturaleza específica de su labor para Elsamex. Cuarto, Honduras tampoco reveló formalmente el hecho de que la Administración es el contratante principal de GyP, a pesar de ser un hecho igualmente relevante en cuanto a la naturaleza del peritazgo pues el Ingeniero Alvarado sólo dio a conocer el citado vínculo al ser indagado por la contraparte en la Audiencia. Quinto, tanto las Partes como sus respectivos peritos han tenido suficiente oportunidad para comentar sobre las pruebas periciales presentadas por la contraparte, conociendo las circunstancias de cada caso.

327. De manera que, el caso citado por Honduras presenta elementos distintivos suficientes para determinar que el asunto no es semejante a la controversia bajo análisis. En este caso, ambos son peritos de parte, las Partes pudieron participar en el proceso y el Árbitro Único podrá decidir con pleno conocimiento de causa. Cabe resaltar que este Árbitro Único considera que ambos peritos privados de parte¹²¹ cumplen con criterios internacionalmente razonables para hacer las veces de peritos. Incluso, consultando la norma local como referencia, ambos peritos cumplirían con los requisitos exigidos por la ley local para rendir un dictamen, siendo ambos ingenieros civiles con amplia experiencia en construcción de Carreteras.¹²² Además, los peritos también cumplieron las formalidades exigidas por las Reglas de Arbitraje del CIADI antes de iniciar sus intervenciones orales.¹²³

¹¹⁹ El 65% de los Proyectos históricos de GyP han sido para el Estado. Audiencia, Día 2, págs. 378-379.

¹²⁰ Ver <http://www.grupoelsamex.com/eContent/home.asp> (Honduras, Anexo 39, MCD) y <http://www.intevia.esleContent/home.asp> (Honduras, Anexo 40, MCD).

¹²¹ Dentro del Capítulo sobre Pericia, el Código Procesal Civil de Honduras ("CPC") dispone en su Artículo 315 lo siguiente sobre la Procedencia: «1. La pericia será procedente cuando, para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos, se requieran conocimientos científicos, artísticos, técnicos, tecnológicos, prácticos u otros análogos. 2. La prueba pericial será propuesta por las partes que podrán optar entre aportar al proceso el dictamen de perito privado que posea los conocimientos correspondientes, o solicitar que se emita dictamen por perito oficial designado por el tribunal.»

¹²² De conformidad con el Artículo 328 del CPC, los peritos debe cumplir los siguientes requisitos: «1. Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias. 2. Podrá asimismo solicitarse dictamen de academias, corporaciones o instituciones culturales o científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello. 3. En los casos del numeral anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas deberán prepararlo directamente, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en esta sección para todo perito.» Las calidades y experiencia de los Ingenieros Ruiz y Alvarado constan en el expediente (Audiencia, Día 2, págs. 196-197 y 336-337).

¹²³ La Regla 35 de las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre Declaración de testigos y peritos exige: « (...) (3) Cada perito hará la siguiente declaración antes de que haga cualquier aseveración: "Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo". Ambos peritos cumplieron con la formalidad exigida (Audiencia, Día 2, págs. 198 y 338).

328. Como corolario de lo anterior, no existe razón para inadmitir las pruebas periciales correspondientes de manera generalizada. Tanto los dictámenes periciales (presentados a modo de informes) como los interrogatorios y el careo en la Audiencia son pruebas admisibles, pertinentes y útiles.¹²⁴ El Árbitro Único confía en la buena fe de los dos peritos y le dará el valor a sus dictámenes e intervenciones que amerite su grado de persuasión, conforme al soporte técnico y contractual que presenten y, en tanto las mismas resulten convincentes.¹²⁵ En la medida en que este Árbitro Único analice las pruebas periciales correspondientes y determine que las mismas se basan en ensayos extracontractuales, parámetros no pactados, datos inconsistentes y/o información selectiva, los analizará en el marco de las alegaciones correspondientes, y decidirá si son inadmisibles o simplemente carentes de elemento persuasivo para comprobar el asunto en cuestión.

1.1.2. Responsabilidad, naturaleza legal y contractual frente a las fallas de la Carretera

329. Las distintas teorías de las Partes sobre las posibles causas de las fallas de la Carretera se dividen en dos grupos principales: (i) problemas de calidad por defectos de construcción y (ii) problemas por imprevisiones en el diseño. El Árbitro analizará previamente las disposiciones contractuales y legales respecto a la responsabilidad por los defectos de calidad y por las imprevisiones en el diseño. Una vez establecido lo anterior, el Árbitro procederá a revisar cada una de las alegaciones específicas de las Partes respecto a las causas de las fallas de la Carretera.

1.1.2.1. Posición de Honduras

330. Para Honduras, contractual y legalmente Elsamex es responsable: (1) por los defectos de construcción en la ejecución de las Obras hasta que la Carretera se reciba formalmente a satisfacción de la Administración, (2) por los defectos no corregidos dentro del plazo establecido para ello, so pena de una indemnización de daños y perjuicios a favor del Contratante; y (3) por los defectos en el diseño de las obras. La Demandada concluye que en cualquiera de los casos, Elsamex debe pagar los gastos de reparación de las fallas de la Carretera.

331. En el primer caso, para Honduras es claro que la responsabilidad por defectos no recae sobre el contratante porque sus riesgos están claramente definidos en el Contrato y entre éstos no aparece la responsabilidad por defectos en la ejecución de la obra (Cláusula 11.1 del Contrato) (Honduras, ¶97, MDFyRR).¹²⁶ Además, la ley es explícita en establecer la responsabilidad del Contratista por las fallas o desperfectos de la obra,¹²⁷ y la

¹²⁴ Estos criterios son universalmente aplicables en materia de evaluación de pruebas, y además se encuentran consagrados en la normativa local hondureña, en los Art. 317-320 del CPC.

¹²⁵ Incluso si se toma la norma local procesal para la valoración de pruebas como referencia, los criterios resultan semejantes (ver Art. 13 y 335 del CPC).

¹²⁶ Además, recalca que el Contrato expresamente prevé que Honduras no es responsable por "un Defecto ya existente a la fecha de terminación" según la Cláusula 11.2 del mismo. (Honduras, ¶100, MDFyRR).

¹²⁷ Honduras cita "(...) durante la ejecución de la obra y hasta que expire el periodo de garantía de la misma, el Contratista será responsable de las fallas o desperfectos¹²⁷ que ocurran por causas que le fueren imputables, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente calificada." (Artículo 71, LCE). Al respecto, la Demandada aclara además que "Daños a la Obra" no equivale a "Defectos", como pretende sugerir Elsamex, ya que la definición del término "Defectos" no comprende "Daños a la obra" ni viceversa. El sentido natural de la frase "Daños a la Obra"

corrección de las mismas. (Honduras, ¶108, MDFyRR).¹²⁸ Para esclarecer cualquier duda, la Demandada indica que Elsamex no puede alegar la exoneración de su responsabilidad por defectos como consecuencia de las modificaciones de la obra, pues el Contratista aprobó cada una de las modificaciones. (Honduras, ¶98, MDFyRR).

332. En el segundo caso, según la interpretación del contrato efectuada por Honduras, Elsamex también es responsable por los Defectos no corregidos (Cláusula 36.1 del Contrato), así como por el pago de los mismos. Por consiguiente, a juicio de la Demandada, la negación de Elsamex de su responsabilidad frente al pago del costo de corrección de los Defectos ocasionados en la ejecución del Contrato, es contraria a los términos y al espíritu del Contrato. (Honduras, ¶103-4 y 107, MDFyRR). Además, el Contratista no puede liberarse de su responsabilidad por defectos de construcción, tal y como pretende, argumentando que dichos defectos son responsabilidad de Inocsa, y que por ende, deben ser imputados a Honduras (dada la responsabilidad que asumió al suscribir el correspondiente acuerdo de Consultoría). (Honduras, ¶82 y ¶102, MDFyRR). Finalmente, la Demandada resalta que "(...) si el Contratista no ha corregido el Defecto dentro del plazo señalado en la notificación del Gerente de Obras, este último estimará el precio de la corrección del defecto, el cual deberá ser pagado por el Contratista" (Cláusula 36.1 del Contrato).

333. En consecuencia, a juicio de Honduras Elsamex tiene el deber de pagar las reparaciones necesarias a la Carretera y de compensar a Honduras por todos los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. (Honduras, ¶98-109, MDFyRR; ¶78 y 85-86 MCH).

334. En el tercer caso, Honduras argumenta que según el lenguaje contractual y la doctrina, Elsamex era responsable tanto por el diseño de las obras provisionales y, por ende, del diseño de la obra en general (Honduras, ¶82-109, MDFyRR; ¶65-66 y 79 MCH). Para Honduras, la definición contractual de "obras" comprende todo aquello necesario para la construcción o montaje de las obras, lo cual supone también las revisiones al diseño. A su vez, Honduras entiende que la definición de "obras provisionales" (Cláusula 18.2 del Contrato) comprende la obligación de Elsamex de elaborar los diseños necesarios para la construcción de las "obras", incluyendo la obligación de proporcionar las especificaciones técnicas y los planos de las mismas a la Supervisión para su aprobación (Cláusula 18.1 del Contrato) (Honduras, ¶90, MDFyRR). Consiguientemente, Honduras argumenta que la responsabilidad sobre el diseño de todas las obras objeto del Proyecto recae sobre Elsamex y descarta de plano la defensa de éste fundada en los Informes de Intevía que alegan fallas en el diseño. (Honduras, ¶82-92, MDFyRR; ¶78, MCH).

335. Como corolario de lo anterior, a juicio de Honduras, si el Contratista consideraba que el diseño presentado como parte de la licitación era inadecuado, era su responsabilidad

significa exactamente: los daños causados al trabajo realizado por Elsamex. (Honduras, ¶99, MDFyRR). A su vez, el texto contractual establece que: "...cuando no sean riesgos del Contratante, serán riesgos del Contratista," y, entre los riesgos expresamente dispuestos para el Contratista se establece "daño a la propiedad", incluyendo, las Obras según lo dispuesto en Cláusula 12.1 del mismo. Por consiguiente, en el evento de que el término Defectos pueda ser interpretado abarcando "daños a la obra", como Elsamex reclama, en todo caso Elsamex sería responsable por los Defectos, tal como lo establece el Contrato. (Honduras, ¶101, MDFyRR).

¹²⁸ Además, Honduras recalca, debe tenerse en cuenta que: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas" (Artículo 1576, Código Civil).

contractual presentar las modificaciones necesarias al mismo (Honduras, ¶87-89, MDFyRR).¹²⁹ Por lo expuesto, Honduras sostiene que las fallas del diseño no son imputables a SOPTRAVI e Inocsa como pretende Elsamex y rechaza la argumentación correspondiente del Contratista para exonerarse frente a su responsabilidad por los defectos de la obra (Honduras, ¶40, 54, 56, 57 y Anexo 3, MCD; ¶124-130, MRFyRR).

1.1.2.2. Posición de Elsamex

336. Elsamex no niega que los defectos de calidad en la construcción le serían imputables si las fallas fueran el resultado de aquéllos, pero argumenta que las mismas son la consecuencia de problemas imputables a las imprevisiones en el diseño. Elsamex considera que la obligación del diseño del Proyecto no recaía sobre Elsamex y, por consiguiente, toda falla atribuible al mismo es ajena a la responsabilidad del Contratista.

337. Primero, Elsamex considera que, desde el punto de vista legal, la responsabilidad del diseño del Proyecto recaía enteramente sobre la Administración. Una de las principales obligaciones de la Administración antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación de obra pública es elaborar un diseño actualizado suficientemente definido del proyecto a realizar. En este sentido, Elsamex arguye que la Administración incumplió sus obligaciones pues basó el Documento de Licitación en un diseño elaborado en el año 1999, que resultó ser obsoleto e inadecuado frente a la realidad de la Carretera. El proceso licitatorio no fue por tanto realizado y concluido con base en la información y documentos que exige la Ley¹³⁰ (Elsamex, ¶219, MRFyCR). Además, la Ley reconoce

¹²⁹ En este sentido, para Honduras, si la oferta de Elsamex fue preparada con base en el diseño objeto de licitación, ello implicaba que técnicamente no consideró que el diseño fuera inadecuado ni obsoleto en su momento, pues para el efecto debió de haber realizado las investigaciones y análisis económicos pertinentes. Si por el contrario, Elsamex, estando plenamente convencida de que el diseño era inadecuado y obsoleto, omitió para su propio beneficio dicho conocimiento y presentó su oferta, Honduras estima que ello es contrario a la ley; pues de haber manifestado su inconformidad, hubiese obligado a la Administración a considerar la objeción y a enmendar lo que fuese procedente en la fase de realización de la licitación, en provecho de todos los demás posibles oferentes, tal y como el procedimiento lo exige. Asimismo, Honduras señala que Elsamex podría haber manifestado su desacuerdo con el diseño adoptado como solución mediante la Modificación No. 1 y tampoco lo hizo; si Elsamex creía necesario realizar mejoras adicionales al diseño antes de empezar la construcción, era su obligación llevarlas a cabo y, al no hacerlo, incurrió en un incumplimiento contractual. (Demandada, ¶83-84, MCH; Audiencia, ¶509:16-17, ¶249:18-19, ¶502:10-13).

¹³⁰ Para sustentar su posición, Elsamex resalta el contenido de las siguientes normas:

- Artículo 23 de la LCE: «Con carácter previo al inicio de un procedimiento de contratación, la Administración deberá contar con los estudios, diseños o especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos y actualizados...»
- Artículo 176 del RLCE: «La decisión de contratar una obra pública requerirá la previa elaboración, revisión o actualización y, del correspondiente proyecto o diseño, el cual definirá con precisión el objeto del contrato...»
- Artículo 82 de la LCE: [con carácter previo a una licitación de obra pública se requerirán las siguientes actuaciones por parte de la Administración]: « a) Factibilidad técnica y económica, acreditada con los estudios correspondientes cuando el caso lo amerite; y b) Planos de la obra a ejecutar y sus principales características, o descripción técnica de los trabajos cuando su naturaleza lo amerite...»
- Artículo 83 de la LCE: «Los proyectos relativos a reforma, reparación o mantenimiento de obras ya existentes, deberán comprender todos los trabajos necesarios para lograr su fin. Sin estos requisitos no podrán aprobarse los proyectos, ni el gasto que representa su ejecución...»
- Artículo 7 del RLCE: «Los planos y especificaciones técnicas de las obras deberán ser suficientemente descriptivos, de manera que permitan su ejecución normal, previendo con anticipación los detalles y demás aspectos constructivos, debiendo establecerse en ellos las dimensiones que servirán de base para las mediciones y valoraciones pertinentes.»

expresamente que el Contratista no es responsable por eventuales deficiencias o imprevisiones en el diseño del proyecto (salvo en los contratos llave en mano), a menos que siendo conocidas no las denunciare (Elsamex, ¶220, MRFyCR; artículo 71, LCE). Igualmente, Elsamex resalta que la ley exige claridad en los planos y las especificaciones técnicas para facilitar la ejecución de las obras por parte del Contratista y evitar inconvenientes en aquéllas y, señala que la Administración tampoco cumplió con esta obligación.

338. Segundo, la Demandante señala que el Contrato establece dentro de los Riesgos del Contratante, «...el riesgo de daño a las Obras...en la medida que ello se deba a fallas del Contratante o en el diseño hecho por el Contratante...» (Cláusula 11.1 del Contrato). Asimismo, Elsamex indica que hay lugar a un evento compensable contractualmente al haber sido las condiciones del terreno mucho peores de lo que razonablemente habría haber supuesto antes de la emisión de la carta de aceptación, con base en la información proporcionada a los licitantes (incluidos los informes de investigación de la zona de obras), la información que era de dominio público y la que podía obtenerse de una inspección ocular de la zona de las obras (Cláusula 44, Contrato).
339. Tercero, Elsamex sostiene que Inocsa, en su calidad de Supervisor, era quien legalmente tenía la obligación de velar porque el diseño del Proyecto fuera adecuado y actualizado, y para ello, debió haber revisado, corregido y renovado dicho diseño (incluyendo planos, especificaciones y documentos técnicos) antes del inicio de la construcción, y formulado las recomendaciones procedentes (Art. 217, RLCE). Inocsa también debía revisar los planos, informes y especificaciones de la carretera y sus estructuras de drenaje, actualizando mediante sondeos, inspecciones y pruebas, el nivel de deterioro encontrado (Apéndice A, Contrato de Supervisión) (Elsamex, ¶224-225, MRFyCR).
340. Cuarto, la Administración decidió delegar el ejercicio de su potestad de supervisar la correcta ejecución del Contrato en Inocsa (Elsamex, ¶162-166, MRFyCR). Esto implica que Inocsa, en calidad de supervisor, actuó en todo momento en representación de la Administración y, por tanto, la Administración es contractualmente responsable por las decisiones y omisiones de Inocsa (Elsamex, ¶185, MRFyCR). La Supervisión tenía la obligación de revisar y actualizar el diseño, y velar por el cumplimiento de las especificaciones técnicas y la calidad de los materiales en el Proyecto, de conformidad con la Ley y el Contrato de Supervisión.¹³¹ Empero, Inocsa no actuó con la debida diligencia, eficiencia y economía exigidas por el Contrato de Supervisión que suscribió, incumpliendo sus obligaciones legales y contractuales, en claro detrimento de la ejecución del Proyecto. Inocsa no revisó adecuadamente el diseño de la Demandada, ni hizo caso

¹³¹Elsamex resalta que la Demandada no quiso o no pudo presentar un representante de Inocsa como testigo del presente arbitraje en la Audiencia (Audiencia, Día 1, págs. 101, 107-108, 122 y 126). La presencia de Inocsa en la Audiencia era relevante porque ésta era el ente responsable de supervisar la ejecución de las obras, administrar el Contrato, identificar los defectos y notificar al Contratista de los mismos. Hubo repetidas suposiciones e insinuaciones durante la Audiencia por parte de la Honduras de que las responsabilidades que contractualmente le correspondían al Supervisor deberían haber sido ejecutadas por Elsamex, incluyendo que: (y) Elsamex debería haber hecho mejores pruebas de carga para detectar puntos de baja resistencia, cuando esto era responsabilidad de Inocsa (Audiencia, 316-317, 522-523); y (z) Elsamex era la responsable de las decisiones relativas al drenaje y el diseño, cuando las mismas eran responsabilidad de Inocsa y de la Demandada conjuntamente.

de los avisos de Elsamex sobre la necesidad de aumentar el drenaje (Elsamex, ¶¶38-41, ACE).

341. En conclusión, Elsamex considera que ninguno de los incumplimientos de SOPTRAVI o de la Supervisión puede ser atribuible a Elsamex.

1.1.2.3. Consideraciones del Árbitro Único

342. Como bien lo explica el tratadista local Orellana, la responsabilidad derivada del Art. 79 de la LCE¹³² (relativa a la calidad de la obra) surge por negligencia o dolo y es el resultado de (a) defectos o vicios ocultos en la construcción o (b) imprevisiones en el diseño con posterioridad a la entrega de las obras. Dichos defectos o imprevisión, a su vez, pueden ser imputables a la firma consultora que diseñó la obra, a la supervisión o al contratista,¹³³ según el tipo de contrato y la distribución de responsabilidades respectiva.

343. El Contrato objeto de análisis encaja dentro de la modalidad de los contratos de obra pública (Art. 7(j) de la LCE),¹³⁴ conforme se encuentran regulados por los Artículos 64¹³⁵ y subsiguientes de la LCE y, el mismo contempla la rehabilitación de una carretera a

¹³² **Art. 79, LCE.-Investigación de irregularidades.** Cuando hubieren indicios de responsabilidad por defectos o imprevisión imputable a los diseñadores o constructores de una obra, el órgano responsable de la contratación ordenará la investigación correspondiente para los fines consiguientes. La misma medida se tomará cuando hubieren indicios de responsabilidad por culpa o negligencia imputable a los supervisores. La recepción de la obra por la autoridad competente no exime a las personas antes indicadas de responsabilidad por defectos no aparentes. Si el Proyecto lo amerita, podrá exigirse un cuaderno de Bitácora, debiéndose anotar en el mismo, las incidencias que ocurran durante la ejecución de la obra.

¹³³ ORELLANA, E. *Op cit*, pág. 377.

¹³⁴ La característica principal de los contratos de obra pública es que la prestación del contratista se ejecuta sobre bienes inmuebles. Esta prestación puede comprender la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de dichos bienes, lo cual a su vez puede darse sobre el suelo o subsuelo, cuando se modifica su forma o sustancia. (ORELLANA, Edmundo. La Contratación Administrativa, Edigrafic, S.de R. L, Tegucigalpa, Honduras, 2003, pág. 338.

¹³⁵ El Artículo 64 de la LCE define el Concepto de obra pública así: «Contrato de obra pública es el celebrado por la Administración con una o más personas naturales o jurídicas, para la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de bienes que tengan naturaleza inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo, a cambio de un precio. Se consideran también los Contratos de obra pública denominados “llave en mano” de acuerdo con los cuales el contratista se obliga a proporcionar, mediante un único Contrato, todos o algunos de los siguientes elementos: Los diseños técnicos, servicios de ingeniería, financiamiento, construcción, así como, en su caso, el terreno necesario o el suministro e instalación de plantas, equipos u otros similares, incorporadas a la obra.» Luego el Artículo 65 de la LCE describe que el objeto de la obra pública así: «Se consideran expresamente comprendidos en este Capítulo, los contratos que tengan por objeto:

- 1) La construcción y mantenimiento de carreteras, instalaciones ferroviarias, puertos, presas, puentes, edificios, aeropuertos, acueductos, obras de control de inundaciones, instalaciones varias y otras obras análogas de ingeniería;
- 2) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, inyecciones, perforaciones y otros semejantes; y,
- 3) La reforma, reparación, conservación o demolición de las obras indicadas en los incisos anteriores». (Subrayado fuera del texto).

cambio de precios unitarios según los trabajos ejecutados,¹³⁶ lo que a su vez se encuentra regulado en el Artículo 73 de la LCE. Desde el punto de vista legal, la ejecución del contrato de obra pública se realiza, en su mayoría, por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio del derecho de aquél a que se mantenga el equilibrio económico del contrato en los términos que disponen los artículos 195, 196 y 197 del RLCE. Es decir, la Administración no asume ante el contratista más responsabilidades que las previstas y las derivadas del respectivo contrato (Art. 194, RLCE).

344. Contractualmente, las Partes también distribuyeron los riesgos de la obra conforme a la naturaleza del Contrato. De una parte, la Cláusula 12 del Contrato dispone que los riesgos que no se hubieran estipulado expresamente a cargo de la Administración en calidad de Contratante, eran riesgos de Elsamex. Asimismo, Elsamex estaba obligada a reparar a su propio costo las pérdidas o daños y perjuicios sufridos por las obras, o los materiales incorporados en ellas, entre la fecha de iniciación de las obras y el vencimiento de los periodos de responsabilidad por defectos, cuando dichas pérdidas o daños y perjuicios fueran ocasionados por sus propios actos u omisiones. De la otra parte, la Cláusula 11(b) del Contrato dispone que, en la medida en que el daño se deba a fallas del Contratante o al diseño hecho por el Contratante, aquél (en lugar del Contratista) deberá asumir el riesgo del daño a las obras. Esta Cláusula también ratifica que el diseño de las obras fue elaborado por la Administración en este caso. Dicho diseño fue incorporado en el Documento de Licitación y las Especificaciones Especiales anexas al mismo (Elsamex, Doc. D-77, MD). Además, la Cláusula 1.1 del Contrato define "Obras" como « (...) todo aquello que el Contratista debe construir, instalar y entregar al Contratante en virtud del Contrato y que se define en los Datos del Contrato [los cuales también fueron suministrados por la Administración] » y "planos" como aquellos « (...) documentos que contienen los cálculos y otra información proporcionada o aprobada por el Gerente de Obras para la ejecución del Contrato» (subrayado fuera de texto). A su vez, la Cláusula 16.1 del Contrato dispone: «el Contratista deberá construir e instalar las Obras de conformidad con las especificaciones técnicas y los planos».

345. A partir de lo anterior, no cabe duda que el diseño del Proyecto en este caso fue elaborado por la Administración y las instrucciones complementarias en materia de revisión del mismo estuvieron a cargo de la Supervisión.¹³⁷ Si bien generalmente la

¹³⁶ Como se describió detalladamente en la Sección de Hechos, la lista de cantidades debía contener los rubros correspondientes a la construcción, montaje, prueba y puesta en servicio de los trabajos a ejecutar por parte de Elsamex. A Elsamex se le pagaba por cantidad de trabajo realmente ejecutado, al precio unitario especificado en la Lista de Cantidades para cada rubro. En principio SOPTRAVI no tenía obligación de pagar los rubros de las obras para las cuales no se hubieron especificado tarifas o precios en la Lista de Cantidades, entendiéndose que los mismos estaban cubiertos por otras tarifas y precios del Contrato.

¹³⁷ El proceso que las Partes debían seguir durante la ejecución de las obras consistía de varios pasos indicados tanto en el Contrato como en la ley. Primero, la Administración debía entregar al Contratista los planos y las especificaciones técnicas con suficiente nivel de detalle para ejecutar las obras (Art. 177 de RLCE). Segundo, Inocsa debía dar la orden a Elsamex de ejecutar un trabajo determinado. Tercero, Elsamex debía ejecutar los trabajos conforme a las instrucciones de Inocsa y a las especificaciones técnicas indicadas. Cuarto, Elsamex e Inocsa hacían pruebas y ensayos de campo de forma conjunta, según los parámetros dados en las Especificaciones Técnicas del Documento de Licitación para determinar si la calidad de los trabajos correspondía a la exigida en cada caso (Art. 229 del RLCE). Quinto, Si había algún problema de calidad o incumplimiento de las especificaciones técnicas, Inocsa se lo manifestaba inmediatamente a Elsamex y lo reportaba a SOPTRAVI en el Informe Mensual correspondiente. En caso tal Elsamex debía corregir el problema dentro del plazo y en la forma exigida por Inocsa. El rechazo de un material o trabajo por parte de Inocsa debía estar debidamente justificado (Art. 229 del RLCE). Elsamex tenía la oportunidad de manifestar su desacuerdo. Sexto, sino se señalaba un incumplimiento, se entendía

responsabilidad por los defectos en la construcción de la obra recae sobre el Contratista, no es así cuando hay motivos de fuerza mayor o éstos tienen por causa deficiencias o imprevisiones en el diseño o si se deben a instrucciones del Supervisor de la obra, salvo en el caso de las deficiencias en el diseño que conociéndolas el Contratista no las denunciare oportunamente, agravando con ello el riesgo (Art. 186 LCE).¹³⁸ Por lo anterior, a diferencia de los contratos llave en mano, en el caso que nos ocupa, el Contratista puede exonerarse de responsabilidad frente a las deficiencias de la calidad de las obras si las mismas son imputables al diseño del Proyecto.¹³⁹

346. En este orden de ideas, la argumentación de Honduras, en cuanto a que Elsamex estaba obligada a diseñar las obras del Proyecto, es errada. La Demandada confunde la obligación de diseñar las "obras provisionales" (instrumentales para las labores de construcción pero que antes de finalizar la obra se retiran) con la obligación de diseñar las "Obras" objeto principal del Proyecto (es decir, el producto final que se entrega).¹⁴⁰ En vista de que las diferencias entre las Partes no tienen nada que ver con la ejecución, los defectos o daños de las "obras provisionales", las cláusulas citadas sobre las mismas resultan inconducentes y su discusión no es relevante frente a la disputa en cuestión.

que Inocsa había aceptado. Tanto así que en los informes mensuales se mencionaba que se habían hecho los ensayos y pruebas de campo correspondientes, sin resaltar problemas materiales, salvo contadas excepciones en las que se resaltaron problemas puntuales (Art. 79 de la LCE). Séptimo, cualquier diferencia debía ser resuelta a la brevedad posible (Art. 186 del RLCE).

¹³⁸ El Artículo 186 del R.L.C.E establece las siguientes excepciones a la responsabilidad del contratista. «(...) [El Contratista] no será responsable en los siguientes casos:

- a) Cuando las fallas o desperfectos tengan por causa motivos de fuerza mayor o caso fortuito que no le fueren imputables, siempre que no mediare actuación imprudente de su parte, tales como incendios producidos por rayos, fenómenos naturales como terremotos, maremotos, huracanes, inundaciones, movimientos del terreno u otros motivos semejantes debidamente calificados, así como destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, tumultos o alteraciones graves del orden público;
- b) Cuando los defectos tengan por causa deficiencias o imprevisiones en el diseño o en instrucciones del Supervisor de la obra, a menos que siendo conocidas no las denunciare oportunamente, agravando con ello el riesgo.

En ambos casos, el contratista notificará a la administración y de común acuerdo se adoptarán las medidas que fueren necesarias para contrarrestar sus efectos. Los contratistas de proyectos "llave en mano" serán responsables de los defectos que pudieran surgir por deficiencias o imprevisiones en el diseño o por cualquier otra causa que les fuere imputable.»

¹³⁹ Esta distribución de riesgos se explica porque según la práctica internacional de ingeniería y el derecho administrativo, el diseño de los contratos de obra pública del tipo analizado, es generalmente proporcionado por la Administración (lo que no sucede en los contratos llave en mano) y, por ende, los defectos o problemas resultantes del mismo, no son atribuibles al Contratista.

¹⁴⁰ Nótese que en la Cláusula 1.1 del Contrato se define:

- a. "obras provisionales" como aquellas « (...) obras que el Contratista debe diseñar, construir, instalar y retirar, y que son necesarias para la construcción o montaje de las Obras»; y
- b. "Obras" como « (...) todo aquello que el Contratista debe construir, instalar y entregar al Contratante en virtud del Contrato y que se define en los Datos del Contrato.» (Subrayado fuera de texto).

Como se puede observar de la propia definición contractual, el lenguaje literal distingue entre las "obras provisionales" y las "Obras", y además dispone una obligación a cargo del Contratista para diseñar las primeras y no para las segundas. La Demandada confunde los dos conceptos de obra e interpreta indistintamente las obligaciones frente a unas y otras. Evidentemente la naturaleza de estos conceptos en la práctica de ingenierías son significativamente diferentes y además el Contrato los trata como actividades totalmente independientes por lo cual las alegaciones presentadas al efecto carecen de fundamento contractual.

347. A juicio de este Árbitro Único, no cabe duda que, a la luz del Contrato, los Documentos de Licitación, las normas aplicables y la buena práctica de ingeniería, la responsabilidad sobre el diseño de las obras en la materia que nos ocupa recaía sobre la Administración.
348. La norma aplicable dispone que, si el órgano responsable de la contratación considera que hay indicios de responsabilidad por defectos o imprevisión (aun cuando no se haya efectuado la recepción definitiva), debe ordenar una investigación oyendo a los respectivos contratistas (el consultor encargado del diseño, el constructor y el supervisor, si también hay indicios de culpa o responsabilidad por parte de éste). La responsabilidad de los citados contratistas frente a los defectos no aparentes no se extingue con la recepción de la obra y, cuando ésta resulta a cargo del constructor, la misma está cubierta por la garantía de calidad pactada. Una vez acreditada la responsabilidad respectiva, ello debe ser comunicado a la Procuraduría General de la República, sin perjuicio de la función que ejerzan al efecto los demás entes competentes del Estado (Art. 214 del RLCE).¹⁴¹ En el evento en que se determine que las obras tienen vicios o defectos imputables al contratista, con posterioridad a la entrega de las obras, podrá ejecutarse la garantía de calidad prevista en el numeral 3 del Art. 239 del RLCE.¹⁴²
349. En conclusión: (a) si se determina que los problemas de calidad de la obra son imputables al diseño del Proyecto, en principio Elsamex no es responsable, a menos que se compruebe que teniendo conocimiento de los mismos no informó a la Administración; o (b) si se determina que los problemas de calidad son imputables a defectos de construcción, legalmente los mismos serían imputables a Elsamex. En cualquier caso, vale la pena anotar que, a partir del análisis normativo antes efectuado, se concluye que en su momento, una vez identificados los problemas de la Carretera, la Administración debió surtir un proceso justo y respetuoso del derecho a la defensa para determinar la causa y el ente responsable de los defectos, vicios o imprevisión, antes de adoptar cualquier decisión. La información disponible en el expediente indica que dicho proceso no se llevó a cabo conforme lo exigen las normas. Igualmente, el Contrato preveía una cláusula de resolución de controversias pero como se explicó detalladamente en la Decisión de Jurisdicción, la Administración se negó a darle trámite a la misma y nunca se consiguió nombrar un conciliador para el efecto. Se concluye que, las decisiones que se adoptaron frente a las fallas detectadas en la Carretera no surtieron el procedimiento contractual y legalmente requerido.

¹⁴¹ **Art. 214, RLCE. Responsabilidad por defectos o imprevisión.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 79 de la Ley, la recepción definitiva de la obra no exime al contratista a cuyo cargo hubiere estado la construcción ni a quienes la hubieren diseñado, en su caso, de la responsabilidad que resulte por defectos o vicios ocultos en la construcción o por imprevisiones en el diseño, según corresponda, mediando negligencia o dolo. Cuando ello se advirtiera, antes o después de la recepción definitiva, el órgano responsable de la contratación ordenará las investigaciones que procedan, oyendo a los respectivos contratistas; si constaren acreditados los hechos determinantes de responsabilidad se comunicará lo procedente a la Procuraduría General de la República, según fuere el caso. En similares circunstancias los organismos de la Administración Descentralizada y los demás organismos a que se refiere el artículo 14 de la Ley, ejercerán las acciones que procedan. La garantía de calidad presentada por el contratista de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley, responderá por sus obligaciones.

¹⁴² **Artículo 239. Responsabilidades cubiertas por las garantías.** «Las garantías responderán por lo siguiente: (...) 3. La garantía de calidad por los vicios o defectos en las obras, imputables al contratista o de los bienes suministrados durante el plazo que se hubiere previsto en el contrato, sin perjuicio de las garantías especiales de funcionamiento que se hubieren acordado en los contratos de suministro. (...)»

1.1.3. Causas técnicas y fácticas de los problemas de la Carretera

350. Luego de estudiar los hechos, los argumentos y las pruebas presentadas por las Partes, este Árbitro Único considera que las causas de los problemas de la Carretera no son siempre las mismas en los distintos tramos con fallas a lo largo de ésta. Dicha diferencia se debe a las propias variaciones que presentan las condiciones topográficas, climatológicas y poblacionales en las zonas recorridas por la misma.¹⁴³ En general se observa que hay cierta correlación entre el nivel de tráfico, paso de aguas o humedad, y/o fallas geológicas en las distintas zonas y el deterioro de la Carretera en los tramos respectivos. En este sentido, es evidente que el tratamiento exigido por los distintos tramos de la Carretera era diferente; algunas zonas requerían un tratamiento especial de asfalto, otras zonas requerían mayor grado de drenaje y un mantenimiento más intenso y, las zonas con fallas geológicas requerían soluciones más sofisticadas.

351. Por lo anterior, el Árbitro Único procederá a analizar las principales causas de las fallas de la Carretera en dos etapas. Primero, procederá a analizar las causas alegadas por las Partes: (a) defectos de calidad en la estructura del pavimento (carpeta asfáltica); (b) reducción de espesores en capas granulares antiguas y base estabilizada con bajo contenido de emulsión; (c) problemas de diseño en la estructura del pavimento, el tratamiento de fallas geológicas, el drenaje insuficiente y la debilidad de la subrasante; y (d) falta de mantenimiento. Segundo, a partir de ello, extraerán las correspondientes conclusiones en materia de responsabilidad legal y contractual para efectos tanto de la Demanda como de la Reconvención.

1.1.3.1. Problemas en la estructura del pavimento

352. La posición de las Partes en cuanto a los problemas de la estructura del pavimento es significativamente diferente. A continuación se resumen sus argumentos principales sobre la materia.

a) Posición de Honduras

353. Honduras atribuye los defectos de la Carretera a la mala calidad de las obras ejecutadas, principalmente, a la inadecuada reconstrucción de la carpeta asfáltica (resaltando en su mayoría defectos de la capa de rodadura o segunda capa) por parte del Contratista. La Demandada argumenta que el endurecimiento resultante de la oxidación es la causa principal del envejecimiento de la Carretera, porque las características de la mezcla asfáltica son la única causa que, por sí sola, puede provocar las grietas tipo piel de cocodrilo y los demás deterioros identificados en la Carretera de forma generalizada.¹⁴⁴ Honduras concluye que hubo un recalentamiento excesivo del ligante en la planta que causó dicha oxidación, lo que implica a su vez un incumplimiento de las especificaciones técnicas por parte del Contratista.¹⁴⁵ El Ing. Alvarado llega a esta

¹⁴³ El perito de Honduras por ejemplo describe que la Carretera tiene al menos 6 tipos de suelos diferentes.

¹⁴⁴ GyP descarta que la pérdida del agregado se hubiera dado por las causas señaladas por Elsamex, como la falta de mantenimiento o el paso del agua por su superficie, ya que se tendría una mayor erosión superficial. (Honduras, Anexo 42, pág. 12, MDFyRR).

¹⁴⁵ Específicamente el perito de Honduras argumenta que según la buena técnica «por cada 10 grados centígrados arriba de los 100 grados centígrados, se va generando una oxidación, el doble de la oxidación. Entonces cuando uno llega a temperaturas un poquito arriba de los 170 grados, ya tenemos un producto envejecido». Para llegar a esta conclusión, el Ingeniero Alvarado aplicó la norma AASHTO T170. (Audiencia, Día 2, págs. 345-346).

conclusión por medio de inferencia dados los valores bajos de penetración que presenta el asfalto colocado.¹⁴⁶ Además del problema de oxidación de la mezcla por recalentamiento, el Ing. Alvarado señala otras causas que confluyeron en el agrietamiento de la Carretera: (i) el incremento desmedido de la estabilidad hizo que la capa fuera más rígida y, por ende, quebradiza o frágil, admitiendo menos deformaciones, e igualmente los valores de los módulos resilientes superiores a lo recomendable hicieron de la capa menos flexible;¹⁴⁷ (ii) el incremento del módulo de elasticidad¹⁴⁸ por recalentamiento de la mezcla,¹⁴⁹ elevando los niveles de viscosidad;¹⁵⁰ (iii) la falta de adherencia entre capas ya sea por aplicación de una cantidad insuficiente de ligante o un riego no uniforme del mismo;¹⁵¹ y (iv) la falta de adhesión agregado-asfalto, por incompatibilidad de éstos, dada la presencia de muchas partículas de cuarzo en el material con cargas de igual signo eléctrico que se repelen, separándose y haciendo que trabajen independientemente, y eventualmente causando desintegración o fracturas en el pavimento.

b) Posición de Elsamex

354. Elsamex insiste en que las obras fueron ejecutadas de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas y las teorías presentadas por la Demandada carecen de fundamento puesto que: (i) el concreto fue fabricado correctamente sin quemar o endurecer el betún;¹⁵² (ii) el concreto asfáltico no era excesivamente rígido y el parámetro de estabilidad no era demasiado alto; (iii) las carpetas asfálticas no están separadas por una defectuosa ejecución del riego de adherencia; y (iv) el concreto no era muy sensible al agua ni las partículas blancas de cuarzo afectan la resistencia a la acción del agua.

355. Asimismo, Elsamex trae a colación que GyP supuso que el origen de las grietas se encontraba en las capas asfálticas, y por ello no investigó otras posibles causas del

¹⁴⁶ Con respecto a la investigación efectuada al ligante asfáltico utilizado en la mezcla, GyP concluye que «el producto se oxidó durante el proceso de elaboración de la mezcla». GyP detectó valores de penetración (sobre asfalto recuperado a lo largo de la Carretera) menores a 20 décimas de milímetro. De lo anterior, GyP deduce que el producto fue inadecuadamente manejado, ya que se tuvo un endurecimiento drástico, afectando de manera directa su durabilidad al tener un producto envejecido prematuramente. (Honduras, Anexo 42, pág.16, MDFyRR).

¹⁴⁷ Informes Técnicos de GyP I y II (Honduras, Anexo 10, MCD).

¹⁴⁸ Según explica el Ing. Alvarado, a mayor módulo de elasticidad, mayor resistencia (Audiencia, Día 2, págs. 350-351).

¹⁴⁹ Para Honduras, la defensa de Elsamex - en cuanto a que las temperaturas de calentamiento se mantuvieron dentro de los límites - es improcedente porque en la actualidad, las mismas se determinan en función de la viscosidad que debe tener el material. Además, la Demandada argumenta que Elsamex usó una máquina de mezcla inadecuada con temperaturas demasiado elevadas y ello resultó en introducción de oxígeno causando la oxidación del pavimento. Esta oxidación causada por el sobrecalentamiento de la mezcla, afectó su viscosidad, y ello es la causa principal por lo que se han generado las grietas del pavimento, pues por la dureza del betún la capa se hace quebradiza. (Honduras, ¶225 y Anexo 42, MDFyRR; ¶89, MCH; Audiencia, Día 2, págs. 304-314)

¹⁵⁰ El Ingeniero Alvarado argumenta que el parámetro de temperatura utilizado por Elsamex en su defensa es totalmente inadecuado porque actualmente las temperaturas se miden por el grado de viscosidad que debe tener el material. Organizaciones líderes en el estudio del asfalto, como es el Instituto del Asfalto, recomiendan fijar una temperatura de mezcla, a fin de tener viscosidades del orden de 170 cst con una variación en más o menos 20 cst.

¹⁵¹ Audiencia, Día 2, págs. 345 y 352. El Ingeniero Alvarado explicó durante la Audiencia que entre más mala sea la adherencia más rápido se despegan las capas (Audiencia, Día 3, págs.499-500).

¹⁵² El Ingeniero Ruiz asegura que «(...) ni por temperatura ni por ensayos mecánicos se pudo haber oxidado la mezcla durante la fabricación. (...)» Luego ante el interrogante planteado ante el evento en que la máquina Parker hubiera admitido demasiado oxígeno, si ello se habría reflejado en los ensayos de control, el Ingeniero Ruiz responde afirmativamente: « (...) sobretudo en los ensayos mecánicos, en el Marshall y sobre todo en el flujo. Sí, [en este caso] no es posible que se haya oxidado la mezcla». (Audiencia, Día 2, págs. 328).

problema como el drenaje inadecuado, o los problemas en la subrasante. En particular, llama la atención que GyP sólo escogió aquellos datos que defendían la posición de Honduras de la manera más conveniente,¹⁵³ ignorando las especificaciones contractuales y aplicando estándares no contractuales para llegar a sus conclusiones (Demandante, ¶33, ACE; Audiencia, 220-221, 366-367, 402-403).¹⁵⁴ Elsamex subraya que el Ing. Alvarado usó de manera selectiva los resultados para sostener sus conclusiones;¹⁵⁵ hay errores y contradicciones en sus opiniones que demuestran su descuidado manejo de los datos y, por lo tanto, éstos no son fiables.¹⁵⁶ Finalmente, Elsamex resalta que los errores e inconsistencias en los cálculos de daños en los Informes de GyP favorecen de manera uniforme a la Demandada y sugieren que los cálculos han sido inflados para satisfacer las necesidades de Honduras (Audiencia, Día 2, Pág. 430-437).

c) Consideraciones del Árbitro Único

356. Como se puede observar, la discusión sobre la incidencia de la calidad del pavimento en las fallas de la Carretera se divide en muchos elementos y diferentes teorías frente a cada uno. En aras de organizar la discusión y facilitar la comprensión del análisis efectuado por el Árbitro Único en esta sección, a continuación se estudiará cada uno de los puntos discutidos en el formato pregunta-respuesta.

i. *¿Se quemó el betún o se recalentó la mezcla?*

357. Por un lado, Honduras sostiene que el manejo del ligante asfáltico fue inadecuado y rechaza la defensa de Elsamex -en cuanto a que las temperaturas de calentamiento se mantuvieron dentro de los límites- argumentando que en la actualidad las mismas se determinan en función de la viscosidad que debe tener el material. A juicio de la Demandada, Elsamex usó una máquina de mezcla inadecuada con temperaturas demasiado elevadas¹⁵⁷ y ello resultó en la introducción de oxígeno causando la oxidación del pavimento, y afectando la viscosidad de la mezcla. Esta dureza del betún a su vez hace que la capa sea quebradiza generando grietas en el pavimento.¹⁵⁸ GyP llega a esta

¹⁵³ Algunos ejemplos de ello son: (y) la contradicción entre éstos y la posición del Dr. Tejeda que indicó que la subrasante era de mala calidad y (z) la insistencia en que la temperatura de la mezcla era la causa de las grietas, sin considerar los datos de control, a pesar de que los mismos indicaron que la temperatura era la correcta (Elsamex, ¶32, ACE; Audiencia, 417-427, 394-395).

¹⁵⁴ Por ejemplo, aun cuando había controles del proceso de fabricación de betún con resultados controlados por ambas Partes, Elsamex e Inocsa, y aprobados por Inocsa, el Ing. Alvarado ignoró por completo los datos de control contractuales (Elsamex, ¶34, ACE; Audiencia, 381).

¹⁵⁵ Por ejemplo: (y) conocía el parámetro de la deformabilidad, sabía que cumplía con las Especificaciones, y sabía que no confirmaba su teoría de que el betún se había oxidado, pero prefirió ignorarlo; y (z) no reveló que en los corazones extraídos en 2010 no había separación de capas, información que contradecía, de manera significativa, su teoría de que había un problema en la adhesión entre las capas (Elsamex, ¶35, ACE; Audiencia, 497-498 y 503).

¹⁵⁶ Por ejemplo: (x) hay varios errores simples en las cantidades, precios y cálculos de los daños alegados en la Reconvencción; y (z) en su análisis técnico el Ing. Alvarado declaró que las grietas fueron un problema exclusivamente de las capas asfálticas, pero su cálculo de daños incluyó conceptos relacionados con la base, subbase y subrasante. (Elsamex, ¶36; Audiencia, 430-437).

¹⁵⁷ Por ejemplo, en el expediente probatorio presentado por Honduras, las pruebas técnicas realizadas el día 24 de marzo de 2008 indican que la mezcla asfáltica estaba por fuera de los rangos exigidos.

¹⁵⁸ Honduras basa su posición en los resultados de GyP. Aun cuando los ligantes asfálticos utilizados por Elsamex y suministrados por SHELL y ASDEHSA cumplieron con lo solicitado por SOPTRAVI, a juicio de Honduras, es necesario separar las condiciones del producto en su estado virgen y las condiciones del producto una vez elaborada la mezcla. En los ensayos realizados por GyP se detectaron valores de penetración menores a 20 décimas de

conclusión porque el ligante presenta valores bajos de penetración, lo que implica un incremento en la viscosidad del producto con las consecuencias antedichas. La baja penetración se debe entre otros a: (i) una temperatura mayor a la requerida y (ii) un tiempo de mezclado inadecuado durante la fabricación de la mezcla asfáltica.¹⁵⁹ Con base en lo anterior, GyP infiere que hubo un incumplimiento de las especificaciones contractuales por parte de Elsamex.

358. Por el otro lado, Elsamex rechaza la tesis de recalentamiento sostenida por Honduras, demostrando que cumplió con las especificaciones requeridas, según consta en los datos de control respectivos tomados en su momento. En su lugar la Demandante alega que el endurecimiento encontrado en el betún se debe posiblemente a efectos naturales, como el calor, el tráfico, la lluvia, la radiación solar o ultravioleta, y no la supuesta mala ejecución ya que los valores de penetración del betún, que miden su dureza, se redujeron entre 2007 y 2010,¹⁶⁰ es decir, después de haber sido colocado en la Carretera (Audiencia, 268-269, 470-478 y 405-410).¹⁶¹ Asimismo, Elsamex recalca que el tipo de

milímetro, de lo cual se deduce que el producto fue inadecuadamente manejado por Elsamex. La investigación forense efectuada a las capas de concreto asfáltico colocadas por Elsamex, según el método Abson (regulado por la ASTM D1856 y la AASHTO T-170 y recomendado por el Instituto del Asfalto), detectó la presencia de material asfáltico oxidado en asfalto totalmente recuperado del concreto asfáltico elaborado, y dando así la pauta del proceso de endurecimiento o de contaminación que se generó en la línea de producción. Si bien Elsamex argumenta que las temperaturas de calentamiento del ligante se encontraban siempre dentro de los límites (AASHTO permite de 180°C a 190°C), a juicio de Honduras ello es inconducente porque, en la actualidad, las temperaturas de calentamiento se determinan en función de la viscosidad (entre 170 ± 20 cst) que debe tener el material (como lo hace el ensayo de GyP), y no por la vía de fijación de un valor, tal como lo expresa el Contratista.

¹⁵⁹ Con base en el Informe Técnico de Inocsa y el Informe GyP, Honduras sostiene que las grietas de la vía son producto de una doble condición: (i) el ligante presenta valores bajos de penetración causando una fractura en la Carretera (ya sea porque se utilizó una temperatura mayor a la requerida y/o porque el tiempo de mezclado fue inadecuado), generando una oxidación del producto que, a su vez, eleva los valores de estabilidad, haciendo que el producto sea más frágil y quebradizo; y (ii) la disminución en la penetración ha generado un incremento en la viscosidad. Cuando lo recomendado es que los asfaltos tengan un 30% menos de penetración después de haberse modificado, transportado y colocado, los valores utilizados arrojan 50% para SHELL y 44% para ASDEHSA, es decir, una disminución de la penetración recomendada del 15% y 17% respectivamente. El peritazgo de GyP se concluyó que el endurecimiento resultante de la oxidación es la causa principal del envejecimiento de la Carretera. (Informe GyP I en Honduras, Anexo 10 y ¶124, MCD)

¹⁶⁰ En los ensayos realizados por Inocsa en diciembre de 2007 se encontraron penetraciones de betún con valores entre 11 y 41, cuya media fue 24. Ahora, tres años más tarde, GyP ha obtenido valores de penetración entre 11 y 14. Esto equivale a una reducción de la penetración del 50% lo que, a juicio de Intevía implica quizás un envejecimiento de la Carretera posterior a la colocación del material. Sin determinar cuál es la velocidad del envejecimiento no se pueden deducir los valores originales de penetración con base en muestras extraídas posteriormente. (Informe Intevía III, pág. 9 en Elsamex, Apéndice 35, MD; Audiencia, Día 2, págs. 470-475).

¹⁶¹ Las penetraciones excesivamente reducidas obtenidas por Inocsa son cuestionados por Intevía porque no se indicó el laboratorio en que realizaron los ensayos o el método utilizado para obtenerlos. Como se explicó antes, Elsamex acreditó mediante certificaciones de los suministradores y los controles de calidad que el betún puesto en obra cumplía sobradamente las especificaciones y que su penetración era la que señalaba el Contrato. Es decir que, tanto la materia prima, como los materiales puestos en obra, fueron aprobados por la Dirección oportunamente. Intevía explica que la recuperación del ligante en mezclas bituminosas se realiza bajo unas condiciones específicas y rigurosas, y cualquier desviación de la normativa puede alterar de forma muy significativa los resultados. En este caso, Intevía recalca ciertas contradicciones en el análisis de Inocsa que sugieren que sus resultados no son fiables. En consecuencia, es posible que la dureza del betún se deba a: (a) la dificultad de la realización del ensayo dada la absorción de los áridos; (b) la mala ejecución del ensayo según los indicios, o (c) las condiciones de la zona dadas las radiaciones. En todo caso, los resultados presentados por GyP sugieren que en las zonas sin fallas obtienen la misma dureza de betún que en las zonas con fallas, lo que implica que ésta no es la razón de los deterioros de la Carretera. Por lo anterior, Intevía recomendó la realización de nuevos ensayos por un tercer laboratorio de

maquinaria utilizada para realizar la mezcla (Parker) no era inadecuada ni causó la oxigenación de la mezcla; ésta es una máquina utilizada de forma generalizada en Europa por tener dosificación de precisión (Audiencia, 255-258 y 328). Finalmente, Elsamex recalca que cumplió con las especificaciones técnicas acordadas para el efecto según consta en los datos de control respectivos.

359. Este Árbitro Único considera que la tesis planteada por Honduras sobre el recalentamiento de la mezcla asfáltica colocada en la Carretera es especulativa y no se encuentra debidamente probada. El Ing. Alvarado explicó en el interrogatorio que la oxidación se generó en dos etapas: primero, en la elaboración del producto en planta (que es la fuente principal de cualquier oxidación) tanto por quema del producto como por tiempo de mezclado (sino se hace la cuenta Rice)¹⁶² y, segundo, en el transporte para la colocación y compactación dado que el tiempo transcurrido para el transporte de la mezcla fue muy largo, especialmente para los tramos más alejados del km 50 (donde estaba ubicada la planta).¹⁶³

360. En cuanto al supuesto incumplimiento en la primera etapa, es pertinente aclarar que los datos de control recogidos por la Supervisión y el Contratista indican que las temperaturas de la mezcla se dieron dentro de los rangos exigidos por las especificaciones técnicas (máximo 350°F o 177°C).¹⁶⁴ De los 336 datos de control tomados, la temperatura media es de 309°F (154 °C), es decir, más del 99% de las medidas se sitúan entre 290°F y 325°F, muy por debajo de la máxima temperatura de fabricación (340°F).¹⁶⁵ Si bien estos datos fueron verificados por Elsamex, fue la propia Supervisión quien los tomó. Honduras no debería estar cuestionándolos ahora, si en su momento los aceptó. Además, se recalca que el Ing. Alvarado efectuó su análisis sin considerar los datos de control, y en su lugar, con base en los resultados obtenidos de los ensayos de los asfaltos recuperados dedujo o infirió que las temperaturas de mezcla fueron muy elevadas, dada la baja penetración,¹⁶⁶ viscosidad y ductibilidad del producto.¹⁶⁷ A juicio de este Árbitro, no cabe duda que los datos de control de temperatura tomados a lo largo de la ejecución del Proyecto, conforme a lo especificado y pactado,¹⁶⁸ tienen mayor valor probatorio que

reconocido prestigio para comprobar las penetraciones en mezclas bituminosas próximas y de la misma edad. (Informe Intevía II en Elsamex, Apéndice 27, pág. 43, MD; Informe Intevía III, pág 11 en Elsamex, Apéndice 35, MD).

¹⁶² Nótese que se trata de una inferencia del perito porque no existe prueba alguna de que esta cuenta no se hubiera hecho.

¹⁶³ Audiencia, Día 2, pág. 383-386.

¹⁶⁴ Nótese que si bien el abogado de Honduras intentó cuestionar la legitimidad de estos datos de control durante el interrogatorio al perito de Elsamex (dado que éstos fueron facilitados mediante resúmenes preparados por el Contratista), el Ingeniero Ruiz manifestó haber hecho algunas comprobaciones, solicitado correcciones y explicó que dada la cantidad de información, le hubiese sido prácticamente imposible preparar los resúmenes directamente. El Ingeniero Ruiz invitó a la República de Honduras a señalar cualquier error, resaltando que los datos eran los mismos datos de control de Inocsa, en manos de ambas Partes. En el expediente no se encuentra probado que los datos de control sobre los cuales Elsamex basa su defensa sobre la calidad de la carpeta asfáltica se encuentren errados o manipulados. (Audiencia, Día 2, pág. 453-455).

¹⁶⁵ Ver Informe Intevía III, pág. 5 (Elsamex, Apéndice 35, MD).

¹⁶⁶ Según explicó el Ingeniero Ruiz, el ensayo se llama "penetración" porque se toma una probeta de betún, se deja caer una aguja con un peso determinado y se ve lo que penetra a una temperatura estándar: (a) si el betún es muy blando, penetra más y (b) si el betún es menos blando, penetra menos (Audiencia, Día 2, pág. 268).

¹⁶⁷ Audiencia, Día 2, págs. 380-382 y 394-395.

¹⁶⁸ Nótese que según la gráfica preparada por Intevía reflejando los datos de los controles de calidad (recogidos por Inocsa y Elsamex) para la Temperatura en Fabricación de la Mezcla, con la excepción de un amasado inicial de prueba, en ningún caso se sobrepasaron las temperaturas máximas fijadas en las Especificaciones (177°C) o que se

aquellos datos recogidos con posterioridad (lo cual incrementa el riesgo de afectación por otros factores) y evaluados bajo otros estándares. Por lo anterior, este Árbitro concluye que no hubo recalentamiento de la mezcla por temperaturas elevadas.

361. En cuanto al supuesto incumplimiento de Elsamex en la segunda etapa de riesgo de recalentamiento (durante el transporte de la mezcla) alegado por Honduras, tampoco hay indicación alguna en los reportes de Inocsa con respecto a que el tiempo de mezclado hubiese sido excesivo o inadecuado. A pesar de que no existen datos de control registrados para medir el cumplimiento en materia de tiempo de mezclado, se debe resaltar que el mismo era determinado por la Supervisión¹⁶⁹ y Elsamex estaba sujeta al cumplimiento de las instrucciones del Ingeniero de turno. En el expediente no se registran pruebas que indiquen que hubo un incumplimiento de Elsamex por esta cuestión y Honduras tampoco presentó ningún ejemplo o dato concreto que así lo compruebe. Además, Elsamex ha probado que existen otros parámetros dentro de las especificaciones que demuestran que el betún resultante no estaba oxidado.¹⁷⁰

362. Finalmente, los resultados obtenidos de penetraciones reducidas no son concluyentes ni las implicaciones extraídas de los mismos concuerdan con el conjunto de datos admitidos como pruebas. A juicio de este Árbitro Único, teniendo en cuenta que la alegación pretende probar un argumento en el contexto de la contrademanda, la carga de la prueba recae sobre Honduras y la misma no fue satisfecha. A contrario sensu, Elsamex cumplió con las Especificaciones de fabricación según consta en los datos de control de

deducen de las Normas ASTM, y en general son muy inferiores a aquéllas (Informe Intevía II, pág. 40 en Elsamex, Apéndice 27, MD).

¹⁶⁹ En todo caso, teniendo en cuenta que el tiempo de mezcla era determinado por la Supervisión, por exigencia de las especificaciones técnicas, a menos que se comprobare que Elsamex incumplió las instrucciones de Inocsa al efecto, el tiempo de mezcla no puede serle imputable a Elsamex a fin de probar la mala calidad de la obra.

¹⁷⁰ Con respecto a este segundo argumento, referente al tiempo de mezclado, en el Informe Intevía III se estableció que el mismo « (...) es imposible de rebatir con resultados de control porque, aunque se inspeccionó, no figura como objeto de registro, pero sí se puede señalar que:

- Las especificaciones de la obra señalan que "el ingeniero designará los periodos de tiempo de mezclado seco y húmedo para asegurar una mezcla uniforme y completamente cubierta. El periodo de tiempo no se cambiará a menos que así lo ordene el ingeniero. Un periodo de mezclado seco no menor de cinco segundos deberá de proceder a la adición de asfalto a la mezcla. El tiempo de mezcla húmeda deberá ser determinado para que por lo menos el 95% del agregado grueso esté recubierto completamente por la película de asfalto".
- Los mezclados en húmedo, que pueden envejecer a la mezcla bituminosa eran de 30 a 35 segundos, es decir los habituales en la fabricación. Varias veces en el día el personal de INOCSA accedía a la cabina de mandos en la planta de fabricación de mezcla, donde además de los porcentajes de los componentes de la mezcla, las temperaturas y otros, se puede observar los tiempos de mezclado en seco y húmedo programados, sin que en ningún momento durante todos los meses de producción alegaran nada a este respecto.
- Hay que considerar también que el grado de influencia de este parámetro en la oxidación es prácticamente igual al del tiempo de transporte y de mucho menor grado que la temperatura de fabricación, y es imposible que por sí mismo hubiese llevado a un envejecimiento excesivo. Además de todo lo anterior hay otro indicador que demuestra que el betún resultante no estaba oxidado en exceso como consecuencia de la temperatura o tiempo de mezclado. Si el betún se hubiese oxidado y endurecido, la mezcla bituminosa tomada en planta hubiese resultado muy poco deformable en el ensayo Marshall, es decir el valor Deformación -Flujo Marshall, que mide la deformabilidad hubiese sido muy bajo. (...) [No obstante, según los datos de control reflejados en la gráfica respectiva los valores de deformabilidad] no sólo cumplen todos los valores escrupulosamente de las especificaciones, sino que se encuentran en la zona de mayor deformabilidad dentro del intervalo admisible. La especificación marca un Flujo Marshall entre 8 y 14 décimas de pulgada y los resultados promedio están en 12 décimas, es decir estos datos indican que la mezcla era suficientemente flexible y que por tanto el betún no estaba oxidado.» (Elsamex, Apéndice 35, págs. 7-8, MD).

calidad (Audiencia, 211-216, 328, 288-289, 381, 394-397; Apéndice 44, MDR). Además, en la documentación del expediente (incluyendo una comunicación de Inocsa a SOPTRAVI¹⁷¹ y una certificación de la propia Administración¹⁷²) consta que, en el criterio de la Administración, Elsamex ejecutó las obras debidamente y conforme a las especificaciones técnicas requeridas. No habiéndose probado lo contrario satisfactoriamente, de manera específica y concreta, según los ensayos acordados, se tienen por válidas la pruebas citadas a favor de Elsamex para el efecto. En conclusión, no hay un defecto de calidad de la Carretera por quema del betún y/o recalentamiento de la mezcla (ya sea por temperatura o tiempo).

ii. ¿Es excesivamente rígido el concreto asfáltico colocado o demasiado elevado el parámetro de Estabilidad Marshall utilizado?

363. Honduras considera que, a pesar de no haberse especificado un máximo de Estabilidades Marshall (sino únicamente un mínimo de 1,800 lbs.), los valores de resistencia de la mezcla asfáltica fueron demasiado elevados, generando rigidez y, por consiguiente, la carpeta más susceptible a quebrarse. Fundamentalmente, a juicio de la Administración, Elsamex debió saber, conforme a la buena práctica de ingeniería, que colocar un producto con estabilidad demasiado elevada implicaría colocar un producto extremadamente rígido y, por ende, frágil, coadyuvando la formación de las fracturas.¹⁷³

¹⁷¹ Mediante oficio del 24 de abril de 2007, Inocsa le escribió comunicación a SOPTRAVI mediante la cual afirmó:

- «No existen obras que se hayan ejecutado fuera de contrato o especificación, todas las obras ejecutadas son las consideradas en el Contrato Original y luego en la Modificación No.1 al Contrato de ELSAMEX, cumpliendo con las especificaciones establecidas en los mismos.
- Se adjunta resumen de resultados de Laboratorio de Mezcla Asfáltica, los cuales se adaptan al diseño aprobado por INOCSA.
- Se adjunta resumen de resultados de Laboratorio de la emulsión, característica de la base triturada, pruebas de la base después de la estabilización. Lo mismo que las especificaciones establecidas por INOCSA.
- Se aclara que los trabajos que se realizan en sitios del proyecto, denominados como bacheo, no se atribuyen a defectos de construcción sino a la presencia de daños aparecidos en algunos sitios puntuales, en la subrasante a profundidades de hasta 1.20 Mts. producto de la infiltración de agua, existencia de materiales inadecuados y saturados.
- Entendemos que los problemas han sido creados por los medios de comunicacion, dada la distorsión mal intencionada en el manejo de la información relacionada al proyecto.»

¹⁷² Se trae nuevamente a colación que el 23 de mayo de 2007, SOPTRAVI emitió un certificado constatando que (Demandante, D-146, MD): (i) Elsamex había ejecutado la obra (contemplada hasta la Modificación No. 2, inclusive); (ii) el presupuesto (original) había sido ejecutado en su totalidad; (iii) el Proyecto había finalizado el 3 de mayo de 2007 pero aún estaba pendiente la emisión del Acta de Recepción Final; (iv) la obra había sido ejecutada de conformidad con las normas y especificaciones vigentes de SOPTRAVI, y las particularidades del Contrato;¹⁷² (v) la longitud rehabilitada era de 50.0 Km en calzada sencilla; y (vi) las cantidades de obra más significativas realizadas habían sido:

Pavimentos asfálticos:	USD\$12.414.675,25
Bases, Sub-Bases y Movimiento de Tierras:	USD\$4.520.045,54
Señalización:	USD\$216.518,25
Drenaje y Otros:	USD\$1.620.930,36
TOTAL	USD\$18.772.169,40

¹⁷³ Honduras basa su argumentación en la posición del Instituto del Asfalto en su Manual MS-22 sobre el uso de altos valores de estabilidad, indicando que no es adecuado, ya que se tiene mezclas muy rígidas, las cuales no aceptan deformaciones y se terminan fracturando. Al respecto, explica que el módulo resiliente del concreto asfáltico es función del proceso de elaboración de la mezcla asfáltica, ya que, si se tienen mezclas asfálticas de estabilidad de 4500 lb, el valor del módulo será también alto. En las correlaciones efectuadas por los estudios

Adicionalmente, con base en los controles de calidad de los valores de estabilidad Marshall, Honduras deduce que los módulos de resiliencia utilizados para la mezcla colocada también sobrepasaron el valor recomendado por AASHTO de 450.000lbs/pulg², pues en la primera capa el módulo resiliente fue de 453.960 lbs./pulg² y en la segunda capa fue de 567.450lbs/pulg² y, dicho exceso generó rigidez en la capa.

364. En criterio del perito de Elsamex, la imputación genérica sobre la excesiva rigidez del concreto asfáltico colocado, aparte de no ser contractual, no es válida técnicamente porque la rigidez no necesariamente implica problemas de fragilidad.¹⁷⁴ Concretamente, Intevía explica que el perito de Honduras no elaboró ensayos específicos sobre las estabilidades o el módulo de la mezcla, sino que analizó los datos de control de calidad, con el siguiente razonamiento, para determinar que la mezcla es muy rígida: (i) los valores de estabilidad Marshall dados por Inocsa son elevados al encontrarse entre 3600 y 4500 lbs. cuando lo recomendado es 1800 lbs.; y (ii) el valor recomendado por AASHTO es de 450.000 lbs./pulg.² a 25°C, entonces para la mezcla puesta en obra si se hace el cálculo a partir de módulo y flujo Marshall, se obtienen valores entre 450,000 y 567,000 lbs./pulg.² tomados a 60°C, pero si se trasladase a 25°C, ello daría un número muy superior al recomendado por AASHTO. (Informe Intevía III, pág. 11 en Elsamex, Apéndice 35, MRFyCR).
365. En cuanto a la primera imputación, Elsamex resalta que según los datos de control de calidad: (a) El concreto asfáltico en el momento de colocación cumplió con las especificaciones relativas a Estabilidad Marshall, pues las mismas no establecían una Estabilidad Marshall máxima y 1.800 lbs. sólo es el criterio mínimo (Elsamex, ¶46, ACE; Audiencia, 252-255). (b) La deformación Marshall estaba entre los límites señalados en las Especificaciones y, en consecuencia, no puede suponerse que el concreto era un material muy rígido¹⁷⁵ (Elsamex, ¶47, ACE; Audiencia, 398-400). (c) Incluso aplicando los criterios que indicaba la República de Honduras, el concreto asfáltico no sobrepasó los parámetros de riesgo, a pesar de que ello fue omitido por el perito de Honduras en sus conclusiones (Elsamex, ¶48, ACE; Audiencia, 220). Adicionalmente, se encontraron zonas de la Carretera, próximas a testigos o corazones extraídos, en que había betunes de gran dureza, y, en consecuencia, de gran rigidez, en las que no había grietas, lo que apunta a la conclusión de que el endurecimiento del betún o la alta estabilidad no es la causa de las grietas (Elsamex, ¶50, ACE; Audiencia, 219-220). Frente a la segunda imputación de GyP sobre el módulo resiliente de la mezcla bituminosa, Intevía señala que la comparación del valor de 450,000 lbs./pulg.² de la norma AASHTO, enfrentando los valores resultantes de *dividir* la estabilidad Marshall por la deformación Marshall con el módulo resiliente que figura en la norma AASHTO, es inadecuada. No puede compararse el cociente de la estabilidad y deformación Marshall con el módulo resiliente porque se trata de ensayos distintos que no presentan relación (uno es de deformaciones plásticas y

elaborados por AASHTO, se ha determinado que, para una estabilidad de 2000 lb, el módulo resiliente es de 450,000 lb/pulg², valor determinado a 21 °C, y que es el referente para los diseños de la estructura del pavimento.

¹⁷⁴ Para el efecto cita algunos ejemplos de usos de concretos asfálticos rígidos en Europa (Informe Intevía II, pág. 45, en Elsamex, Apéndice 27, MD).

¹⁷⁵ En el Informe III de Intevía se resalta que no establecer estabilidades máximas es bastante usual y resalta que en las especificaciones de EEUU se sigue el mismo criterio de fijar únicamente un mínimo (ver Federal Highway Administration FP-03). Asimismo comenta que, cuando se quiere limitar un parámetro, se hace claramente y para la estabilidad Marshall no consideran necesaria la limitación. Esto es porque el que la mezcla no sea muy rígida se regula por la deformación o flujo Marshall, dando un mínimo para ésta. (Elsamex, Apéndice 35, págs. 12-13, MRFyCR).

con carga estática y el otro es de capacidad de soporte y con cargas dinámicas) (Elsamex, Apéndice 35, págs. 14, MRFyCR).¹⁷⁶

366. A juicio de este Árbitro Único, la posición de Honduras respecto a la estabilidad carece de fundamento técnico en el marco del Contrato porque las especificaciones técnicas no establecen un límite máximo.¹⁷⁷ Además, como el propio perito de Honduras admite, si la mezcla se hubiese oxidado, la estabilidad Marshall tendría que haber estado por fuera del estándar previsto en la fórmula especificada.¹⁷⁸ En criterio del Árbitro Único, si Elsamex cumplió con la fórmula acordada y la especificación de estabilidad requerida (como en efecto hemos visto que hizo), no puede atribuírsele un incumplimiento por indebida calidad por concepto de estabilidad elevada, ya que, contractualmente, la calidad requerida y tenida como idónea es justamente la especificada y acordada. Una decisión ignorando los parámetros especificados y acordados por las Partes en este caso sería violatoria del derecho del contratista a que se ejecute lo pactado (Art 124 de la LCE),¹⁷⁹ del principio *pacta sunt servanda* (según el cual el contrato es ley para las Partes), del principio de buena fe y contrario a la interpretación contractual ordenada por la normativa hondureña.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Adicionalmente Intevía aclara que si bien en la Guía AASHTO se sugiere una relación empírica entre la estabilidad Marshall y el módulo resiliente, y se fija un *valor* recomendado para el diseño basado en los mínimos que se exigen en las especificaciones, esto no tiene relación con el valor que se recomiende para la mezcla bituminosa. (Elsamex, Apéndice 35, pág. 13, MRFyCR).

¹⁷⁷ Nótese que en sus comentarios, GyP confunde el concepto de valor mínimo de estabilidad (1,800 lbs.) con valor recomendado de estabilidad. (Informes Técnicos de GyP I y II (Honduras, Anexo 10, MCD).

¹⁷⁸ La fórmula de trabajo que se presentó (con base en las especificaciones técnicas dadas) y fue aceptada por la Supervisión era de 4.336 lbs. Ésta fue la referencia para toda la obra. (Audiencia, Día 2, pág. 219). Ver también Audiencia, Día 2, pág. 398 y Especificación Especial 11.3.2 sobre requisitos especiales para pavimentos según el Método Marshall de Diseño de Mezcla AASHTO T-245-74 (Elsamex, Doc. D-77, pág. 89, MD).

¹⁷⁹ Nótese que los supuestos excepcionales de resolución y modificación dispuestos en la LCE no aplican para efectos de este artículo en el caso que nos ocupa.

¹⁸⁰ Según el Art. 146 de la LCE sobre Normas Supletorias: «En defecto de normas expresas de la presente Ley, tendrán aplicación supletoria en la contratación administrativa las restantes normas de Derecho Administrativo y en su defecto las normas de Derecho Privado.» Asimismo el Art. 15 del RLCE dispone que solamente en ausencia de disposiciones administrativas expresas se podrán aplicar de manera supletoria disposiciones pertinentes del Derecho privado, según dispone el artículo 146 de la LCE. En vista de que la interpretación de los contratos no es un tema regulado en el derecho administrativo (salvo en lo referente al Art. 120 de la LCE, que no aplica en este caso), hay varias disposiciones en el Código Civil de Honduras que nos indican este camino. Por ejemplo, el Art. 1578 dispone que: «Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en el cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieran contratar». Por esto, no se puede entender que una prueba técnica o un parámetro diferente al contractualmente establecido resulta aplicable en materia de Estabilidad Marshall. Igualmente, el Art. 1576 dispone que: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas». No se tiene ningún indicio de que las Partes tuvieran otra intención en este caso por lo que el Contrato debe ser interpretado según lo que las secciones referentes a la Estabilidad en el Documento de Licitación especifican de forma clara y precisa. Finalmente, el Art. 1547 señala: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». De manera que, si las Partes acordaron una fórmula de trabajo, dentro de las Especificaciones del Documento de Licitación, que a su vez no es contraria a la ley, a la moral o al orden público, la misma debe ser aceptada y debe ser interpretada como vinculante. Nótese que la Administración no hizo uso de las prerrogativas dispuestas en los Art. 119-123 de la LCE durante la ejecución del Contrato para modificar los términos del mismo, o las especificaciones técnicas correspondientes. Además, lo pretendido por el Ingeniero Alvarado implicaría aplicar parámetros técnicos diferentes a los contratados retroactiva y unilateralmente con posterioridad a la ejecución de la obra.

367. En este orden de ideas, incluso en el evento en que la tesis sobre estabilidad excesivamente elevada señalada por el Ing. Alvarado resultase cierta, el asunto sería una cuestión de diseño porque debió preverse en las especificaciones, mas no de mala calidad de la obra ejecutada como tal, ya que la misma se hizo según lo acordado y/o instruido.¹⁸¹ En todo caso, llama la atención que, en su momento, Inocsa no encontró que los valores cercanos a las 4,300 lbs. fueran demasiado elevados y, específicamente reportó a SOPTRAVI que la calidad de la mezcla asfáltica cumplía los requerimientos del diseño de INOCSA.¹⁸² Fue sólo más adelante, al observarse las fallas en la Carretera, que Inocsa planteó como posible causa una teoría contraria a lo expresado antes.¹⁸³ Asimismo, la limitación máxima incorporada en el manual centroamericano referida por Honduras tampoco resulta aplicable a las Partes en este caso porque no es contractual.¹⁸⁴ De manera que el incumplimiento contractual por valores excesivamente elevados de estabilidad queda descartado, así como la existencia de un defecto de calidad por excesiva rigidez.

¹⁸¹ Es precisamente con base en la calidad especificada que un contratista calcula el precio de la obra al momento de presentar su oferta y de aceptar cada modificación, y que ejecuta la obra. De modo que, la calidad especificada no puede ser unilateralmente impuesta *ex post facto* por las razones expresadas en la sección anterior.

¹⁸² Mediante carta del 24 de abril de 2007 Inocsa específicamente le reportó a SOPTRAVI que no había problema con la calidad de la mezcla asfáltica y adjuntó un resumen de resultados de Laboratorio de Mezcla Asfáltica, señalando que éstos « (...) se adaptan al diseño aprobado por INOCSA». En dichos resultados aprobados hay reportes de estabilidad en los tramos donde se presentan gran parte de los problemas de la Carretera actualmente:

1. Primera capa con estabilidad Marshall entre 3,220 y 4,315 lbs.
 - a. 3+436 - 8+280 LD; 3+675-8+270 LI
 - b. 26+613-31+881 LD; 26+558-31+799 LI
2. Segunda capa con estabilidad Marshall entre 3,223 y 4,473 lbs.
 - a. 0+000-3+694 y 4+187-13+714 LD; 0+000-13+317 LI
 - b. 26+683-31+795 LD; 26+678-31+743 LI

Ver correspondencia en el Informe Mensual de Inocsa abril de 2007 (Honduras, Anexo 9-CC, MCD)

¹⁸³ Por ejemplo, en la nota de bitácora del 24 de septiembre de 2007 adjunta al Informe Mensual respectivo Inocsa señala que las fallas entre los kms 17 a 22 son por fatiga y podrían estar causadas por las siguientes situaciones: (a) los valores de Estabilidad Marshall son muy altos lo que podría suponer que la mezcla colocada es muy rígida con relación a las capas subyacentes; (b) el problema de afinidad entre el agregado y el asfalto así como filtraciones de agua a la mezcla de las capas subyacentes o por juntas de construcción mal acabada, la falta de perfilamiento adecuado de las cunetas y obstrucción de alcantarillas podría acrecentar este problema; (c) la falta de control en la fabricación de concreto asfáltico en la planta con exceso de humedad; o (d) la resistencia de las capas subyacentes. El tráfico por si solo no puede ser la causa (Ver Informe Mensual de Inocsa de septiembre de 2007 en Honduras, Anexo 9-HH, MCD). Luego, en el Informe Técnico de Inocsa (julio de 2008) se reitera: «En el diseño de la mezcla se obtuvieron valores de estabilidad muy elevados, por encima de los 3500lbs, cuando el valor mínimo exigido es de sólo 1800lbs. En los controles de obra, se detectaron también valores muy elevados, que aunque cumplen con las exigencias mínimas establecidas en el Proyecto, pueden ser un índice de que tiene una elevada rigidez» (Elsamex, Apéndice 27, Anexo 4, pág. 14, MD). Nótese que este informe basa su conclusión sobre estabilidad elevada exclusivamente en los datos del Informe Diario de Mezcla Colocada para la Segunda Capa del lado izquierdo, desde la estación 16 + 545 hasta 19+144, lo que apenas representa un 5% de la Carretera aproximadamente.

¹⁸⁴ Nótese que las especificaciones europeas y norteamericanas (adoptadas en el Documento de Licitación) no fijan un límite máximo. El manual centroamericano señala 4.500 lbs. como máximo admisible y existe alguna bibliografía técnica que avisa de estabilidades superiores a 4.500 lbs. De manera que, el correspondiente argumento del Ing. Alvarado sobre estabilidades elevadas en ese contexto tampoco tiene soporte en la discusión puesto que los datos de control expuestos demuestran claramente que las estabilidades se mantuvieron por debajo del rango máximo admisible, incluso en el parámetro estricto centroamericano. Como se pudo observar en los Informes de Intevía y durante la presentación del perito Ruiz en la Audiencia, en los resultados de control de calidad para la segunda capa asfáltica, que es la que más se discute, no hay resultado alguno por encima de 4.500 lbs.; es más por encima de 4.300 hay unos pocos y en general está todo por debajo. La media está aprox. en 3.800 lbs. (Audiencia, Día 2, págs. 219-220).

368. En relación con la discusión de módulos resilientes, el razonamiento es similar. La comparación efectuada por GyP no proviene de un ensayo o fórmula prevista en las especificaciones del Contrato. Este Árbitro Único reafirma su posición en cuanto a que, al no ser un ensayo o parámetro pactado, no resulta aplicable para determinar el cumplimiento de una especificación contractual. Por lo anterior, este argumento también se descarta.

iii. ¿Están separadas las capas asfálticas como resultado de una defectuosa ejecución del riego de liga?

369. En criterio de Honduras, Elsamex no usó cantidades adecuadas de ligante entre las dos partes de la capa de rodadura, haciendo que las capas se soltaran y causando un deterioro prematuro del pavimento. Esta posición se basa en el estudio de GyP para SOPTRAVI en el año 2007 en el cual se extrajeron corazones o testigos de los cuales el 40,3% presentó problemas. Honduras explica que la falta de adherencia entre las capas¹⁸⁵ hace que las mismas trabajen de manera independiente y no como un todo, que es lo que se busca con la capa liga; por ello, la capa es más débil y frágil, y no soporta la aplicación de la carga producto del tráfico de vehículos. Asimismo, la Demandada explica que la teoría de Elsamex sobre una posible infiltración de las aguas de lluvias como causal de la falta de adherencia no es viable porque la capa se elaboró con una granulometría densa, siendo por consiguiente impermeable.

370. Elsamex, por su parte, expone varios argumentos para rechazar la tesis de Honduras. Primero, la separación entre las capas se puede producir después de haber puesto el concreto en la Carretera, por razón del propio tránsito y, en consecuencia, la separación por sí sola no prueba una mala ejecución por parte del Contratista. Segundo, Elsamex considera haber probado que: (a) El control de calidad aceptó el procedimiento de ejecución del riego de adherencia y además el Ing. Alvarado admitió que no había tenido en cuenta los datos de control de Inocsa. (b) El reparto de emulsión fue automático, lo que asegura un reparto homogéneo. (c) Los datos de despegue en los corazones extraídos por GyP ya habían sido puestos en duda por Inocsa y en alguna de las fotos de esos corazones, mostradas por el Ing. Alvarado, se veía que la separación entre capas era casi vertical, por lo que se concluye que dicha separación se debe a la indebida extracción del testigo o corazón y no a que las capas estuviesen separadas (Audiencia, 416 y 467-470). (d) En los corazones o testigos extraídos en el año 2010 no se observó una separación de las capas, encontrándose perfectamente adheridos¹⁸⁶ y, teniendo en cuenta que varios de éstos estaban en zonas agrietadas, se deduce que la separación de las carpetas asfálticas no resulta de una defectuosa ejecución del riego de adherencia por lo cual ésta tampoco es la causa de las fallas de la Carretera. (Elsamex, ¶151, ACE).

371. En opinión de este Árbitro Único, a fin de extraer sus conclusiones en materia de adhesión entre las capas, GyP se basó en resultados inconsistentes y en muestreos de

¹⁸⁵ Durante el proceso de investigación de la condición de la subrasante se requirió la ejecución de la extracción de núcleos de la capa superior, a fin de efectuar el ensayo de D.C.P., y en la extracción de núcleos Honduras observó la falta de adherencia entre capas en un 40.3% de las muestras.

¹⁸⁶ Nótese que el mismo Ing. Alvarado admitió que todos aquéllos estaban perfectamente adheridos (Audiencia, Día 3, pág. 503).

cantidades poco representativas, que fueron rebatidas por la propia Supervisión¹⁸⁷ y no pueden ser interpretados como concluyentes por un juzgador responsable. Si bien es cierto que en los resultados de los ensayos realizados en el año 2007 (por orden de SOPTRAVI) se identificaron problemas en el 40,3% de las muestras extraídas y examinadas, a juicio de este Árbitro Único dichos resultados no son concluyentes por varios motivos que se discutirán a continuación.

372. Primero, el ensayo se basa en testigos obtenidos cada 500 metros cubriendo únicamente ciertos tramos específicos, lo que, a juicio de este Árbitro Único, no es representativo de la obra como un todo.

373. Segundo, en la Audiencia se demostró que existe la posibilidad de que las capas en los corazones o testigos extraídos por GyP no están en realidad despegadas a causa de la mala adhesión sino por defectos en la extracción de los mismos como consecuencia de su indebida manipulación. Para el efecto, los peritos coinciden en que la forma de la fractura es la que permite dilucidar si la separación de las capas se debe a la forma en que se ha extraído el corazón o testigo (fractura inclinada) o si era originalmente una separación que se daba específicamente en la obra (fractura horizontal, que es el sentido en el que se colocan las capas de la Carretera). Es decir que, si las capas están despegadas cuando salen, las fracturas salen horizontales. Si la fractura está inclinada, quiere decir que no estaba así originalmente sino que se ha roto en la estación. Tal y como observó el Ingeniero Ruiz durante la Audiencia, las fotos de los corazones extraídos por Honduras y proyectadas por el Ingeniero Alvarado en la Audiencia, efectivamente indican que las fracturas aparecen con inclinación suficiente para poner en duda su naturaleza u origen. (Audiencia, Día 2, pág. 467-470; Presentación Técnica del Ingeniero Francisco Alvarado (versión impresa), pág. 6). Por lo anterior, no se puede interpretar que estos corazones o testigos fracturados son concluyentes sobre la falta de adhesión entre las capas.

374. Tercero, GyP desconoció que Inocsa posteriormente corrigió los datos del ensayo ordenado por SOPTRAVI a GyP en el año 2007, determinando que solamente en el 18% de los testigos se pudo apreciar efectivamente el problema de fractura (Ver Informe Técnico de Inocsa, pág. 10 en Honduras, Anexo 7, MCD) Luego de que Inocsa concluyera lo anterior, GyP no volvió analizar los resultados previos corroborados por Inocsa.

375. Cuarto, GyP extrajo nuevos testigos y realizó otros ensayos en el año 2010 y ninguna de las muestras extraídas en esa oportunidad apareció fracturada. Nótese que este dato no fue revelado en los Informes de GyP.¹⁸⁸ Además, varios de los testigos sin fracturas extraídos por GyP en el año 2010, fueron tomados en zonas agrietadas, lo que indica, como sugiere Elsamex, que la separación de las carpetas asfálticas no se dio por una

¹⁸⁷ Si bien en los resultados de los ensayos realizados en el año 2007 se identificaron problemas en el 40,3% de las muestras examinadas (un total de 40 para toda la Carretera), GyP desconoció que Inocsa posteriormente corrigió este dato determinando que solamente en el 18% de las muestras se pudo apreciar efectivamente el problema. (Ver Informe Técnico de Inocsa, pág. 10 en Honduras, Anexo 7, MCD). En todo caso el muestreo de Inocsa tampoco era representativo. Después de julio de 2008 GyP nunca intentó analizar los resultados corroborados de Inocsa hasta el año 2010 y ninguna de las muestras extraídas entonces apareció fracturada. A pesar de que el Ingeniero Alvarado explica que se trató de un lapsus, resulta relevante anotar que este resultado de gran relevancia no fue revelado en los Informes de GyP. (Audiencia, Día 2, pág. 416 y Día 3, pág. 503; Elsamex, ¶51, ACE).

¹⁸⁸ A pesar de que el Ingeniero Alvarado explica que se trató de un lapsus, resulta relevante anotar que este resultado de gran relevancia no fue revelado en los Informes de GyP. (Audiencia, Día 2, pág. 416 y Día 3, pág. 503)

defectuosa ejecución del riego de adherencia por lo cual ésta tampoco es la causa de las fallas de la Carretera.

376. Quinto, los 20 corazones o testigos extraídos por Intevía estaban perfectamente adheridos sin fracturas entre las capas (Audiencia, Día 2, pág. 280).

377. Sexto, Honduras no señaló datos de control ni otras pruebas que demuestren que el riego de liga entre las capas fue efectivamente defectuoso en la mayoría de las zonas de las grietas.¹⁸⁹

378. De manera que no hay pruebas concluyentes que indiquen un verdadero despegue de las capas como factor causante de las fallas de la Carretera en virtud de los testigos obtenidos. Las demás alegaciones de Honduras sobre el inadecuado riego de liga, tales como el uso de una máquina inadecuada para esta actividad o el trascurso de tiempo insuficiente entre la colocación de capas, no fueron probadas y, en todo caso, la implicación de las mismas (o sea el despegue entre capas) fue satisfactoriamente desvirtuada por Elsamex según los argumentos antes expuestos. En conclusión, no se probó un incumplimiento material de las especificaciones técnicas relativas al riego de liga ni un defecto de calidad en la adhesión entre las capas de concreto asfáltico.

iv. ¿Hay falta de adhesión agregado-asfalto por presencia de cuarzo en el material? ¿Afectaron las partículas blancas de cuarzo en el concreto su resistencia al agua? ¿Es el concreto muy sensible al agua?

379. Honduras sostiene que la falta de adhesión entre el asfalto y el agregado es parte coadyuvante en la presencia de las de las grietas, y que dicha falta de adhesión también se puede manifestar como la pérdida del agregado fino en la parte superior de la capa de rodadura.¹⁹⁰ La falta de adhesión agregado-asfalto se da por incompatibilidad de éstos como resultado de la presencia de muchas partículas de cuarzo en el material, ya que éstas pueden tener cargas de igual signo eléctrico causando que se repelan, se separen y trabajen independientemente. Ello a su vez, según explica la Demandada, puede haber incidido en la causa de la desintegración o las fracturas en el pavimento. GyP llevó a cabo el ensayo Lottman Modificado¹⁹¹ para determinar el daño que le hace la humedad a la

¹⁸⁹ Si bien los datos de control de la Supervisión reflejados en el Informe Técnico de Inocsa, indican que en algunos tramos el porcentaje de ligante añadido en la mezcla fue inferior al 3% (básicamente entre las estaciones 14+500 y 25+300 y entre las estaciones 35+000 y 45+000), Inocsa advierte que en esas mismas zonas también hay valores que cumplen con el valor mínimo de 5%. Luego, las Partes no elaboraron sobre este punto ni se demostró que este factor por sí solo hubiese causado las fallas. (Ver Informe Técnico de Inocsa, págs. 7-9).

¹⁹⁰ La posición de Honduras se basa en los resultados obtenidos en los ensayos de adhesión asfalto-agregado realizados por GyP aplicando el método de Lottman Modificado (regulado por AASHTO T-283 y por ASTM D-4123) para determinar el valor en porcentaje de la resistencia tensil retenida, que a su vez, sirve de referente para determinar la presencia del fenómeno de la adhesión agregado-asfalto. Del análisis de los valores de resistencia obtenidos en la investigación de GyP, y al ser comparado con el valor mínimo requerido de 80%, Honduras recalca que sólo dos de los sitios presentan valores adecuados, siendo éstos los que corresponde a la muestra 2 con 82% y a la muestra 5 con 83%.

¹⁹¹ Nótese que GyP llegó a esta conclusión mediante la aplicación de la norma AASHTO 283 (también conocida como Lottman Modificado), en lugar de la norma especificada, es decir, la T-165. (Audiencia, Día 2, pág. 348-349 y 353). GyP argumenta que la buena práctica de la ingeniería no limita la investigación y además recalca: «En la actualidad se tiene más de 48 departamentos Estables de Carretera (DOT) en los Estados Unidos que hacen uso de este tipo de ensayos y es uno de los principales ensayos que se ejecutaron a fin de conocer el fenómeno físico

combinación del asfalto-agregado y concluyó que los valores de resistencia tensil son muy bajos¹⁹² (Informe Técnico GyP I, Honduras, Anexo 10, MCD; Informe Técnico GyP IV, Anexo 42, págs. 11-12, MDFyRR). Honduras descalifica la defensa de Elsamex al tildarla de inconducente porque se basa en el método de resistencia a compresión (norma AASHTO T-165), que actualmente se considera desfasado y obsoleto, ya que los valores obtenidos muchas veces no muestran la condición de falta de adhesión agregado-asfalto. Adicionalmente, en opinión de Honduras, el concreto es muy sensible al agua y la presencia de partículas de cuarzo en la mezcla asfáltica ha afectado la resistencia del concreto asfáltico al agua.¹⁹³

380. Por su parte, Elsamex desconoce los ensayos realizados por GyP ya que no fueron contractuales¹⁹⁴ y, resalta que los controles de calidad acordados y realizados en su momento cumplen sobradamente con las Especificaciones¹⁹⁵ (Audiencia, 220-221 y 311). La Demandante desconoce el argumento sobre la extrema sensibilidad del concreto al agua y explica que en realidad las partículas blancas de cuarzo no afectan la resistencia del concreto a la acción del agua. Salvo en la zona urbana del inicio del tramo, con unas condiciones muy críticas, en el resto del tramo no se observó un efecto nocivo del agua sobre el concreto asfáltico (no estaba lavado superficialmente) y, en consecuencia, su resistencia al agua es adecuada (Audiencia, 496-497). Adicionalmente, con excepción del inicio de la Carretera, las partículas blancas están perfectamente sujetadas y no hay ningún desprendimiento de áridos como alega Honduras (Elsamex, ¶52, ACE; Audiencia, 499).¹⁹⁶

químico de adherencia asfalto – agregado. En Honduras este ensayo se está ejecutando de manera normal y permanente en el control de calidad de las obras de pavimentación de las diferentes carreteras. El ensayo inmersión – compresión especificado por AASHTO T-165, que Elsamex expresa, es el parámetro en la obra, su aplicación es cuestionada, ya que los valores que se obtienen no son del todo adecuados, porque no confirman el fenómeno que se trata de estudiar de manera real. Se considera que a la fecha, el ensayo es obsoleto y desfasado, habiéndose instituido su ejecución en 1949. Actualmente solamente cinco estados de la unión americana lo aplican, demostrando así, lo inadecuado de tal prueba».

¹⁹² Si bien los valores recomendados de resistencia retenida a tensión debían ser del 80%, los valores obtenidos por GyP muestran que sólo dos especímenes llenan este valor (siendo los obtenidos en las estaciones 28+840 y 46+200), lo cual significa que el 67% de las muestras presentan problemas. El caso más grave es el de la muestra colocada en la estación 11+300 que arrojó un valor del 64%.

¹⁹³ Este argumento se desprende implícitamente de las preguntas del abogado de Honduras al perito de Elsamex en la Audiencia (Honduras, ¶225 y Anexo 42, MDFyRR; ¶89, MCH; Audiencia, Día 2, págs. 304-314).

¹⁹⁴ Intevía señala que las argumentaciones de GyP se basan en supuestos falsos: (a) Que la mezcla deba cumplir los mismos valores que se requieren en la puesta en obra después de varios años de servicio. Es apenas lógico que si se realiza un ensayo diseñado para materiales nuevos sobre materiales procedentes de una carretera en servicio, sometidos a las inclemencias del tiempo, y que han ido perdiendo por el tráfico la película de ligante en su superficie superior, que éstos van a dar una menor resistencia al agua que otras mezclas nuevas. (b) Que la referencia de la resistencia retenida después de la inmersión en agua de las probetas debe ser el 80% (con base en un artículo de un congreso de ingeniería), cuando en el proyecto figuraba el 75% y en otras administraciones, como en el ejemplo dado de EEUU, se pide el 70%. (c) Que deba considerarse el ensayo Lottman (AASHTO T-283-03), cuando es un ensayo a nivel de investigación, y no contractual (como lo es el ensayo que figura en las Especificaciones de la Obra, T-165). (Ver Informe Intevía III, págs. 14-16).

¹⁹⁵ Durante la obra se cumplieron los valores mínimos de 75% de la especificación pactada. Así en la fórmula de trabajo se obtuvo un valor del 77% de la resistencia conservada y durante la obra los valores se mantuvieron por encima del mínimo requerido según los datos de control (Ver Informe Intevía III, págs. 15-16).

¹⁹⁶ En el Informe Intevía III se dice al respecto: « La observación sobre pérdidas de mortero en algunas zonas, no generalizada, debe enmarcarse como asunto puntual y se debe probablemente a falta de mantenimiento».

381. A partir de los argumentos expuestos y las pruebas presentadas, este Árbitro Único concluye que, si la prueba de inmersión-compresión T165 fue la prueba técnica especificada y acordada, aun cuando la tesis sobre la desactualización de la misma en Norteamérica planteada por el Ingeniero Alvarado tuviese asidero, el perito de Honduras no está facultado para imponer una nueva norma técnica (AASHTO 283)¹⁹⁷ *ex post facto* para determinar el incumplimiento de Elsamex. Por las mismas razones establecidas antes, al Contratista no puede exigírsele un estándar de calidad diferente al contractual y mucho menos puede medírsele su cumplimiento con un parámetro distinto al especificado y pactado.¹⁹⁸ En adición a lo anterior, vale la pena resaltar que según los hechos probados, los datos de control arrojados por la prueba contractualmente acordada comprueban que Elsamex cumplió con la especificación técnica correspondiente. Honduras no probó lo contrario. Por lo expuesto, la tesis sobre falta de adhesión agregado-asfalto, se descarta para efectos de explicar las fallas en el pavimento.

382. Ahora, es importante aclarar que, con base en el expediente probatorio y la Inspección *in situ*, este Árbitro Único sí pudo comprobar que, especialmente en los primeros 3 a 4 kilómetros de la Carretera, el grado de desintegración del pavimento es evidente, con muchas grietas, cunetas obstruidas por edificaciones, erosión entre el firme y la cuneta, pérdida de finos, la capa de rodadura superior desprendida con mucho contenido de cuarzo y, en las secciones en que puede verse, la capa inferior también se encuentra agrietada. En los fragmentos de mezcla asfáltica sí se pueden observar agregados sin asfalto, y hay múltiples grietas poliédricas, tipo piel de lagarto/cocodrilo, localizadas con desprendimiento. No obstante lo anterior, este Árbitro Único resalta que, en el mismo tramo existen otros problemas evidentes que pueden haber ocasionado la falla, particularmente en cuanto a la falta de mantenimiento y al manejo del agua.¹⁹⁹ Además, así como se observó presencia de cuarzo en este tramo severamente afectado, también se observó cuarzo en otras zonas de la Carretera que no presentaban fallas. De manera que la tesis de la presencia de cuarzo como defecto de calidad por incumplimiento de especificaciones tampoco resulta concluyente para los fines alegados por Honduras.

1.1.3.2. Reducción de espesores en capas granulares antiguas y base estabilizada con bajo contenido de emulsión

a) Posición de Honduras

383. Inicialmente Honduras se basó en los Informes de Inocsa, para argumentar entre otros que los defectos y fallas de la Carretera se deben a: (a) la existencia de una reducción de espesores en las capas granulares antiguas y (b) la utilización de una base estabilizada con un contenido bajo de emulsión (Honduras, Anexo 6, MCD; ¶192, MCH).

b) Posición de Elsamex

384. En su defensa sobre el asunto, Elsamex presentó varias explicaciones, basándose principalmente en el Informe Intevía II que afirma lo siguiente: (1) las facturas de las

¹⁹⁷ Audiencia, Día 2, págs. 347-348.

¹⁹⁸ Para evitar ser redundante, favor referirse a las anotaciones sobre el principio de *pacta sunt servanda*, buena fe y normativa civil hondureña sobre interpretación contractual en los párrafos anteriores.

¹⁹⁹ En ese tramo hay agua brotando de la tierra y bajando de las montañas en forma abundante y se ven muchas corrientes de agua pequeñas (quebradas) en los cortes de la Carretera. Se observa que las cunetas se encuentran obstruidas. (Ver Acta de la Inspección y Reportaje Fotográfico de Elsamex).

cisternas de emulsión y las dotaciones diarias empleadas demuestran que la obra se ejecutó con la dotación de emulsión contratada²⁰⁰ y (2) los resultados utilizados por Inocsa en sus imputaciones (sobre los cuales también se basa Honduras para sus alegatos) provienen de ensayos que (a) no son contractuales, (b) se contradicen entre sí al no ser congruentes unos con otros,²⁰¹ y (c) muestran gran dispersión por contraste entre laboratorios.²⁰² De manera que, en opinión de Elsamex los fundamentos para cuestionar el cumplimiento de las especificaciones técnicas con respecto a la colocación de la base estabilizada con emulsión no son válidos. Además, Intevía recalca que en el Informe Final de Inocsa la Supervisión reconoce que tanto los espesores como las densidades de esta carpeta cumplen las especificaciones de la Base Estabilizada²⁰³ y que GyP posteriormente reconoce que la capa de base estabilizada reúne los valores solicitados.²⁰⁴ Además, el alegato contra la base estabilizada no fue mantenido por el Ing. Alvarado en su presentación e interrogatorio. Por lo anterior, Elsamex concluye que la base estabilizada, los espesores y el contenido de betún fueron aceptados como

²⁰⁰ Ver apartado 3.1.5 de las especificaciones respectivas.

²⁰¹ Por ejemplo, en el Informe Intevía II se analizan las gráficas de los ensayos realizados por el Dr. Tejada (en su informe preliminar de octubre de 2007) para medir (a) el Contenido en Ligante de la Base Estabilizada con Emulsión y (b) Índice de Resistencia Retenida. Al respecto, Intevía observa lo siguiente: «En la primera de las figuras se observa que en la mayoría de los ensayos los resultados se encuentran por encima del 3% de las especificaciones del 2,7% que puede considerarse como mínima teniendo en cuenta las tolerancias. El valor medio de los resultados es el 3,5%. En este gráfico también puede verse que hay 9 valores de un total de 60, por debajo de las especificaciones. Los valores se concentran entre las estaciones 14+000 a 22+000 y 37+000 a 43+000. Esta carencia de ligante debería quedar patente en los resultados del ensayo de inmersión-compresión realizados por Inocsa, ya que este parámetro es enormemente sensible al contenido de betún, como puede observarse en la dosificación inicial. En dicha dosificación se observa que es imposible alcanzar las resistencias previstas sin que los contenidos de cal o de emulsión sean adecuados. En el segundo gráfico se aprecia que las resistencias conservadas entre las estaciones en las que supuestamente había falta de ligante cumplen con las especificaciones. Esto hace que se cuestionen los procedimientos de ensayo utilizados por Inocsa, ya que los resultados son incongruentes y alguno de los dos debe estar mal ejecutado». (Elsamex, Apéndice 27, págs. 34-35, MD).

²⁰² En particular Intevía sugiere que pudo haber un problema en cuanto a la técnica de extracción para los ensayos. Durante la obra Elsamex encargó a tres laboratorios ensayos de contenido de betún sobre tres muestras de base estabilizada, y dos de los laboratorios los llevaron a cabo por el procedimiento del disolvente con centrifuga (como en los resultados de Inocsa), mientras que un tercero calculó el betún por el procedimiento de incineración. Los resultados obtenidos fueron los que se presentan en la siguiente tabla denominada "Ensayo de Extracción de Asfalto Sobre Muestras de Base Estabilizada con Emulsión tomadas el lunes 20 de agosto de 2007":

LABORATORIO	ENSAYO	MUESTRA 1	MUESTRA 2	MUESTRA 3
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA	CENTRÍFUGA	2,55	3,2	2,67
CINSA	CENTRIFUGA	3,46	2,88	3,56
GEOTÉCNICA Y PAVIMENTOS	INCINERADORA	4,62	3,98	4,06

Intevía recalca que hay una gran dispersión de resultados en la Tabla 1 a pesar de la similitud de los equipos. Es posible que ello se deba a la dificultad en la extracción con disolventes por tener el árido una cierta porosidad pero en todo caso, estos resultados ponen en duda la validez de los ensayos. Cualquiera sea cual sea el origen de las anomalías, hay una hecho más que demuestra que los resultados presentados por INOCSA no pueden ser fiables. (Elsamex, Apéndice 27, pág. 34, MD).

²⁰³ En el Informe Final de Inocsa se establece: «En lo que concierne a las condiciones de compactación de los materiales *in situ*, se han obtenido valores adecuados en correspondencia con el proyecto, y no existen diferencias importantes entre los puntos fallados y no fallados (...) El espesor de la base estabilizada con emulsión es adecuado según el proyecto, se ha determinado que varía entre 15 y 18 cms». (Informe Intevía II, pág. 33 citando el Anexo 4 al mismo en Elsamex, Apéndice 27, págs. 9 y 11, MD).

²⁰⁴ Ver Informe Intevía III, pág. 3 (Elsamex, Apéndice 35, MD).

correctos y, por consiguiente, la misma no es responsable de la generación de fallas en la superficie de la carretera (Audiencia, Día 2, Pág. 208-209).

c) Consideraciones del Árbitro Único

385. Con base en los argumentos antes expuestos por las Partes, este Árbitro Único considera que la incidencia de la base estabilizada en los daños de la Carretera no amerita mayor discusión. Desde un comienzo, en el informe del Dr. Tejada se había puesto en duda que la base estabilizada hubiera sido un factor relevante en la generación de las grietas y otras fallas.²⁰⁵ Luego, Elsamex demostró haber cumplido con las especificaciones requeridas y haber efectuado las correcciones en materia de espesores solicitadas por Inocsa. Finalmente, Honduras ha descartado este argumento a lo largo del procedimiento arbitral. Por lo anterior, no resulta pertinente alargar el análisis y se tiene por comprobado que la colocación de la base estabilizada con emulsión cumplió las especificaciones técnicas, no presenta defectos de calidad y no es la causa de los daños de la Carretera.

1.1.3.3. Problemas de diseño, indefinición y falta de recursos

386. Habiendo descartado la tesis central de Honduras sobre los defectos de calidad en la estructura del pavimento como la causa de las fallas de la Carretera, así como la teoría complementaria de la Demandada sobre los defectos de calidad de la obra por reducción de espesores en capas granulares antiguas y base estabilizada con bajo contenido de emulsión, se procederá a estudiar la tesis central de Elsamex sobre los problemas de diseño del Proyecto como la causa principal de las fallas de la Carretera.

1. Posición de Elsamex

387. A juicio de Elsamex, el diseño del Proyecto es el principal factor responsable de las fallas de la Carretera y éste adolecía de tres problemas básicos que a su vez explican las causas de las fallas: (i) el problema de diseño de la estructura del pavimento; (ii) la ausencia de tratamiento de las fallas geológicas que presentaba la Carretera; y (iii) un sistema de drenaje que resultaba deficiente para las condiciones climatológicas y topográficas de la Carretera.²⁰⁶ Elsamex cumplió con su deber de colaborar de buena fe con la Administración en la actualización del diseño intentando abordar estos problemas

²⁰⁵ Concretamente el Dr. Tejada concluyó lo siguiente: «Los valores resistentes registrados en la base estabilizada no se presentan tan bajos (CBR in situ entre 44-66%) como para pensar que la ocurrencia de manera tan acelerada de los deterioros se debe exclusivamente a la mala calidad de la base. Son deterioros que no se presentan de manera generalizada, solo en algunos tramo, de haber sido esta la causa, se hubiera generalizado en todo el trayecto, o al menos en otras zonas. (...) En lo que concierne a las condiciones de compactación *in situ* y a los espesores que se han colocado en las capas, se han obtenido valores adecuados, en correspondencia con el proyecto, y no existen diferencias importantes entre los puntos fallados y no fallados, en relación con las condiciones en que se presentan en la obra». (Elsamex, Apéndice 27, Anexo 11-12, pág. 10, MD)

²⁰⁶ Elsamex recalca que SOPTRAVI dio orden de iniciar las obras sin brindar una solución a los problemas expuestos y, tan sólo un año después de dicha orden, los problemas de diseño fueron parcialmente abordados con la Modificación No. 1 al Contrato. No obstante lo anterior, las restricciones presupuestarias se convirtieron en un problema crítico en la ejecución del Proyecto y la Administración se vio obligada a reducir el tramo de Carretera a rehabilitar, en espera de obtener más fondos (Elsamex, ¶210, MRFyCR). Asimismo, dada la insuficiencia de fondos, el nuevo diseño también resultaba incompleto e inadecuado, y tampoco atendía de manera definitiva las necesidades técnicas requeridas por la Carretera.

ante la incapacidad de la firma supervisora de hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales con diligencia y eficiencia. Para la Demandante, en vista de que el diseño no era responsabilidad contractual de Elsamex, las fallas resultantes de las deficiencias de éste, no le son imputables.

388. Además del diseño insuficiente para atender los desafíos que presentaba la topografía y el clima del Proyecto, Elsamex resalta que la Administración fue supremamente desorganizada en el manejo del mismo, con sus órdenes de ejecución contradictorias e incompletas, contribuyendo a empeorar las circunstancias dentro de las cuales se desarrolló el Proyecto. Elsamex considera que no contó con herramientas suficientes para planificar adecuadamente sus recursos, se vio afectada por el retraso de las obras imputable a la Administración, y debió atender modificaciones sucesivas al diseño con numerosos trabajos imprevistos ordenados por Inocsa todo lo cual afectó su capacidad para ejecutar las obras de manera óptima (Elsamex, ¶44, MD; ¶206, MRFyCR).

2. Posición de Honduras

389. Honduras niega que las fallas de la Carretera provengan principalmente de un problema en el diseño del Proyecto, o que la indefinición del mismo y los problemas presupuestales que se presentaron hubieran impactado la ejecución de las obras. En cualquier caso, la Demandada advierte que si el Árbitro Único determinara que existe un problema de diseño éste sería imputable a Elsamex. En su interpretación del Contrato, la doctrina y la ley, Elsamex era responsable tanto de los defectos de construcción como de los defectos de diseño.

390. Honduras considera que Elsamex infringió el Contrato al no examinar el diseño de conformidad con la cláusula que permite obras provisionales y, como quedó demostrado en la Audiencia, las recomendaciones de diseño que hizo el Contratista fueron inadecuadas. En particular señala que el diseño de capas recomendado por Elsamex resultó en una Carretera que "presenta muchas grietas" y la falta de subdrenajes, siendo éstos parte del diseño de la Carretera, también sería un incumplimiento de Elsamex. De modo que, para la Demandada el diseño presentado por el Contratista (con el Informe LANAMME), luego de haber descalificado el diseño original por obsoleto, resultó defectuoso, y ello claramente es responsabilidad de Elsamex bajo los términos del Contrato, la ley y las normas de conducta de ingeniería como fue explicado por los peritos (Honduras, ¶83-84, MCH; Audiencia, ¶509:16-17, ¶249:18-19, ¶502:10-13).

3. Consideraciones del Árbitro Único

391. En opinión de este Árbitro Único, es evidente que las Partes no están de acuerdo en cuanto a la incidencia del diseño en las fallas de la Carretera y tampoco coinciden en su análisis de responsabilidad del diseño bajo el Contrato y la Ley. Con el fin de facilitar y organizar el análisis sobre la materia, se procederá a separar los argumentos según los elementos que se abordan en los mismos y se estudiará cada uno en el formato pregunta-respuesta.

i. ¿Afectaron los problemas generales de indefinición del diseño y escasez de recursos el adecuado desarrollo del Proyecto?

392. En opinión de este Árbitro Único, es evidente que el Proyecto adolecía de problemas de diseño desde el comienzo y que la indefinición²⁰⁷ de la Administración frente a éstos afectó la planeación y ejecución idónea de la obra por parte del Contratista. Como se observó en la Sección de Hechos, la Administración eligió el Proyecto reflejado en el Documento de Licitación conforme a un diseño que SEICO había analizado como alternativa y luego descartado. Es decir, por cuestiones presupuestales, la Administración no adoptó el diseño que efectivamente había sido recomendado por SEICO al concluir el estudio respectivo, sino una de las alternativas exploradas por cuestiones presupuestales (según se describió en la Sección de Hechos). A partir de ello, no sorprende que las Partes se vieron obligadas a reevaluar el diseño adoptado por la Administración para el Proyecto, al confirmar que el mismo no se ajustaba a la realidad del terreno y era obsoleto frente a las necesidades de la Carretera, según se expuso en gran detalle en la Sección de Hechos. Luego, la Supervisión se tardó mucho tiempo para proponer una alternativa viable con toda la información necesaria para su ejecución.²⁰⁸

393. Las modificaciones efectuadas al Proyecto tenían la intención de actualizar el mismo a la realidad de la Carretera, pero ante la falta de presupuesto para ejecutarlo conforme al

²⁰⁷ Por ejemplo, en oficios del 19 y 27 de abril y 1ero y 6 de junio, 29 de julio, y 4 de octubre de 2005 consta que Elsamex no contaba con una definición clara del proyecto, que le permitiera programar adecuadamente sus trabajos y que, a varios meses de ordenado el inicio de las obras, no se había definido la estructura del pavimento del Proyecto completo ni la forma en que serían tratadas las fallas localizadas en los kilómetros 6+500, 9, 11+300, 12+500, 14+200, 17+000, 25+000 y 49+300 (Ver Informes Mensuales de Inocsa de abril, junio, julio y octubre de 2006 en Honduras, Anexo 9-E, 9-G, 9-H, y 9-K, MCD). Asimismo, en oficios del 6 y 14 de octubre de 2006 consta la preocupación de Elsamex por la falta de claridad en relación con el diseño y la dificultad de trabajar basándose en órdenes u oficios, sin poder planear adecuadamente el uso de recursos e incurriendo en sobrecostos. En el oficio del 3 de noviembre de 2006 Elsamex manifiesta nuevamente su preocupación sobre los problemas de indefinición y cita algunas inconsistencias en las órdenes de ejecución de Inocsa que reflejan la carencia de un diseño determinado (Ver Informe Mensual de Inocsa, noviembre 2006 en Honduras, Anexo 9-X, MCD). En algunos casos, Elsamex propuso ciertos diseños ante la deficiente labor de la Supervisión (Ver carta del 29 de noviembre de 2006 en Informe Mensual de Inocsa de noviembre 2006 en Honduras, Anexo 9-X, MCD). Más tarde, en algunos oficios de Elsamex se puede observar la frustración con las órdenes contradictorias, las instrucciones de suspender los trabajos, ejecutar trabajos no previstos en el Contrato sin definición alguna y los constantes cambios de criterio de la Supervisión. Esta situación es particularmente evidente en la carta del 6 de octubre de 2007 (Ver Informe Mensual de Inocsa de octubre de 2007 en Honduras, Anexo 9-II, MCD).

²⁰⁸ En marzo 15 de 2005 SOPTRAVI le informó a Inocsa que el Contratista le había recalcado que "...la tardanza en definir las obras del proyecto, puede ser causal para un futuro reclamo, con los consiguientes daños de índole económica que eso conlleva," y que Elsamex « (...) se vio obligado a realizar por su cuenta un estudio para proporcionar información actualizada del estado de la Carretera, actividad que contractualmente le corresponde al Consultor.» Acto seguido, SOPTRAVI le recordó a Inocsa el contenido de la Cláusula 3.1.1 del Contrato de Supervisión: «El Consultor prestará los Servicios y cumplirá con sus obligaciones en virtud del presente Contrato con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con las técnicas y prácticas profesionales generalmente aceptadas; asimismo, observará prácticas de administración apropiadas y empleará técnicas modernas, adecuadas y equipos, maquinaria, materiales y métodos eficaces y seguros.» (Demandante, Doc. D.177, MRFyCR). De esta comunicación, se deduce que:

1. SOPTRAVI reconocía los inconvenientes ocasionados con la tardanza en definir las obras y sus posibles consecuencias económicas;
2. SOPTRAVI no consideró que Elsamex se extralimitó en sus funciones al contratar el estudio LANAMME (contrario a lo alegado por Honduras); y
3. Por el contrario, SOPTRAVI reconoció expresamente que era Inocsa quien no estaba cumpliendo con sus labores y obligaciones contractuales en materia de diseño a satisfacción de la Administración.

nuevo diseño, la Administración se vio obligada a recortar el tramo de la Carretera cubierto por la rehabilitación y a priorizar unas actividades sobre otras comprometiendo la calidad de la obra.

394. Básicamente, en vista de que el diseño contemplado en la Modificación No. 1 era más costoso que el original y que la Administración carecía de fondos adicionales, se determinó que sólo se podía rehabilitar la Carretera hasta el km. 42 (con excepción de algunas cantidades de obra calculadas hasta el km. 53 y el km. 45). En ese entonces SOPTRAVI decidió ordenar la colocación de sólo 5 cms. de concreto asfáltico (en lugar de 10 cms.) para que el nuevo alcance del Proyecto fuera hasta la estación 50+000. Los únicos tramos que quedaron con espesor de 10 cms. contemplado entonces fueron el tramo inicial (desde 0+400 hasta 4+190)²⁰⁹ y el tramo del Valle del Zamorano (desde la estación 26+600 hasta la estación 31+800)²¹⁰ que ya había sido terminado.²¹¹ El propio Inocsa fue reiterativo con SOPTRAVI sobre la urgencia de obtener fondos adicionales para la colocación de la segunda capa de carpeta asfáltica y las obras de protección, con el fin de no afectar la calidad de la obra y la vida útil de la carretera.²¹² Sin embargo, la aprobación de nuevos fondos tardó varios meses y con ello la solución de los problemas sobrevinientes. El retraso sin duda afectó la vida útil de la Carretera por cuanto la primera capa fue utilizada como capa de rodadura por varios meses en gran parte de la Carretera, cuando su diseño y calidad especificada no estaban previstos para ello.

395. También es significativo que en el Proyecto no se diferenció entre el diseño del firme de las zonas llanas y el firme de la zona montañosa, cuando las condiciones son sustancialmente diferentes. La zona montañosa es lluviosa, tiene fuertes pendientes y curvas de radio reducido, por lo cual, los esfuerzos del firme son mucho mayores. No es coincidencia que alrededor del 95% de las fallas de la Carretera se concentran entre la estación 0+000 y la estación 23+000, siendo éste el tramo de montaña. Además del diseño de un firme sin características especiales para atravesar territorios montañosos, la insuficiencia de fondos tampoco permitió incorporar importantes obras de protección recomendadas por Inocsa (incluyendo una parte significativa de las estructuras de drenaje)²¹³ ni abordar con soluciones definitivas algunas de las fallas geológicas de la Carretera, según se discutirá en mayor detalle más adelante. Teniendo en cuenta que el terreno que atraviesa la Carretera es susceptible de inestabilidad por estas fallas geológicas y las aguas superficiales y subterráneas de la zona, no sorprende que un diseño inadecuado resulte en frecuentes deslizamientos de taludes y corrimientos de la tierra en la zona de montaña, especialmente en épocas de fuertes lluvias.

²⁰⁹ Nótese que la primera capa de carpeta asfáltica de 5 cms en el tramo comprendido desde la estación 0+446 hasta la estación 4+190 se colocó entre mayo y junio de 2006. La segunda capa de carpeta asfáltica de 5 cms de espesor entre la estación 0+446 y la estación 4+190 fue colocada en octubre de 2006. De manera que transcurrieron de 3 a 4 meses entre la colocación de una y otra capa. Ver Informes Mensuales de Inocsa de mayo, junio y octubre de 2006, Anexos 9-R, 9-S y 9-W, MCD).

²¹⁰ Nótese que incluso entre la colocación de la primera y la segunda capa de estos dos tramos transcurrió un periodo significativo.

²¹¹ Ver Oficios de Inocsa a Elsamex del 18 y 20 de octubre de 2006 anexos al Informe Mensual Inocsa de octubre de 2006 (Honduras, Anexo 9-W, pág. 17, MCD).

²¹² Ver Informes Mensuales de Inocsa, noviembre de 2006, pág. 28, diciembre de 2006, pág. 27, (Honduras, Anexos 9-X y 9-Y, MCD).

²¹³ En el resumen del Proyecto elaborado por Inocsa en los Informes Mensuales a partir de abril de 2007 hasta abril de 2008, se señala que: «SOPTRAVI ordenó disminuir las cantidades de enchape de cunetas y reducir los fondos en otras obras de protección para cubrir la máxima longitud posible con la segunda capa de carpeta asfáltica...» (Honduras, Anexo 9-OO, pág. 5, MCD).

396. En adición a lo anterior, del expediente probatorio se desprende que los cambios de órdenes en campo y la aparente desorganización de Inocsa en la gerencia de la obra y el constante cambio de Ingenieros a cargo de la misma, junto con la lentitud de SOPTRAVI para definir ciertos trabajos, complicaron innecesariamente la ejecución de la obra al imposibilitar una adecuada planeación por parte del Contratista.²¹⁴

397. A continuación analizaremos los principales problemas identificados por las Partes y confirmados por el Árbitro Único, según las distintas zonas de la Carretera: (a) tramo inicial, (b) tramos con fallas geológicas; (c) tramo de montaña (entre el kilómetro 6 y el kilómetro 23); y (d) Valle del Zamorano y demás zonas sin problemas. Nótese que en este caso no se incluye un resumen específico de las posiciones de las Partes sobre el estado de los distintos tramos de la Carretera, porque se trata de hechos ya comprobados con la inspección *in situ* y los Reportajes Fotográficos. En lo pertinente se incorporarán las conclusiones técnicas que ha adoptado el Árbitro y los temas que ameritan un análisis más detallado serán abordados más adelante.

- Problemas en el tramo urbano inicial (los primeros 5 kilómetros de la vía)

398. A juicio de este Árbitro Único, el deterioro sufrido en los primeros 4-5 kilómetros de la vía (particularmente desde la estación 0+000 hasta la estación 3+800) es el más grave de toda la Carretera. En la inspección *in situ* se comprobó que este tramo está ubicado en una zona urbana de elevado tráfico vehicular, con una fuerte pendiente, agua abundante y la presencia de desechos sobre la vía. Allí es evidente el grado de desintegración del pavimento, con muchas grietas, cunetas obstruidas por edificaciones, erosión entre el firme y la cuneta, pérdida de finos, la capa de rodadura superior desprendida con mucho contenido de cuarzo y, en las secciones en que puede verse, la capa inferior también se encuentra agrietada. En los fragmentos de mezcla asfáltica se puede observar agregados sin asfalto. Asimismo, se observan múltiples grietas poliédricas, tipo piel de lagarto/cocodrilo, localizadas con desprendimiento.

399. A simple vista estos problemas tienen varias explicaciones, que también han sido confirmadas por las pruebas presentadas. En primer lugar, la naturaleza urbana y la ubicación estratégica del tramo implican un elevado tráfico vehicular,²¹⁵ sumado a la fuerte pendiente, el agua abundante y la presencia de desechos sobre la vía. Segundo, a pesar de que el tramo está situado en una zona urbana, la misma carece de alcantarillado

²¹⁴ En marzo de 2007, Elsamex se quejó del desorden de Inocsa y el hecho de que habían pasado tres ingenieros residentes al frente de la Supervisión del contrato en un año (ver oficio del 12 de marzo de 2007 en Informe Mensual de Inocsa de marzo de 2007, Honduras, Anexo 9-BB, MCD).

²¹⁵ Llama la atención que Inocsa, mediante Oficio No. IR-40/2005 del 15 de abril de 2005, se dirigió Lazarus & Lazarus indicando que: «En los últimos años **el tráfico en la zona ha crecido considerablemente sobre todo en los primeros 5 kilómetros del proyecto**, y por otro lado **las condiciones de la subrasante no son los óptimos esperados**» (resaltado fuera del texto). Acto seguido, Inocsa procedió a solicitarles la presentación de una alternativa para estabilizar dicho tramo (de los primeros 5 kilómetros) teniendo en cuenta ciertos parámetros, incluyendo un CBR de 17. Asimismo, Elsamex recalca el "gran aumento del tráfico y la intensidad del mismo desde el momento de la preparación de la licitación hasta la actualidad en el tramo 0+500 a 5+500" en su oficio a Inocsa de fecha 9 de abril de 2005. (Honduras, Anexo 9-E, MCD). Otro ejemplo en el que consta el problema del tráfico y su efecto sobre la Carretera en este tramo inicial, reconocido por la propia Supervisión, es la carta de Inocsa a Elsamex del 24 de febrero de 2006 mediante la cual le ordena "reparar las zonas que el tráfico ha dañado en el tramo 0+400 al 3+750, que había sido procesada e imprimada provisionalmente el año pasado" (Informe Mensual Inocsa, febrero 2006, Anexo 9-O, MCD).

sanitario por lo cual "las aguas residuales son arrojadas sobre el terreno adyacente a la carretera".²¹⁶ El Proyecto no previó un tratamiento especial para este problema. Tercero, a pesar de las adversidades que soporta este tramo, la Administración no especificó un concreto asfáltico especial en esta sección de la Carretera. Si bien el uso de una geomalla para soportar las tensiones de este tramo se contempló en un momento dado, el mismo fue descartado por la Administración más adelante por falta de presupuesto (Audiencia, Día 2, págs. 314-315; Reportaje Fotográfico Elsamex).²¹⁷ Cuarto, hay agua brotando de la tierra y bajando de las montañas en forma abundante en este trayecto, y numerosas corrientes de agua pequeñas (quebradas) en los cortes de la Carretera. Empero las cunetas en este tramo de la Carretera son intermitentes y sólo se aprecian en los puntos donde la vía no confluye con las viviendas, caminos y comercios. Frente a estas circunstancias visualmente obvias, es difícil entender que no se hayan contemplado estructuras de subdrenaje a lo largo de toda esta zona; es evidente que dicha carencia ha contribuido al problema de la erosión. Quinto, no se aprecia un mantenimiento rutinario en este tramo de la Carretera y los residuos ilegales dificultan el discurrir del agua por el arcén, obligándola a pasar por el firme, contribuyendo al deterioro acelerado del pavimento. Finalmente, dada su naturaleza urbana de barrios informales o extremadamente pobres, los abusos de los vecinos también contribuyeron sin duda al deterioro acelerado de la misma sin que la Administración tuviera la capacidad o agilidad de reacción suficiente para evitar o mitigar estos inconvenientes (Elsamex, D-169, MRFyCR).²¹⁸

400. En opinión del Árbitro Único, independientemente de otros problemas que hayan podido contribuir a la generación de las fallas, es indiscutible que el conjunto de dificultades que presentaba el tramo urbano de la Carretera no fueron abordadas adecuadamente en el diseño del Proyecto, por lo que no sorprende su estado. Más adelante se analizarán los

²¹⁶ Ver oficio de Inocsa a SOPTRAVI el 14 de septiembre de 2006 adjunto al Informe Mensual Inocsa de septiembre de 2006 (Honduras, Anexo 9-V, MCD).

²¹⁷ Ver carta del 16 de julio de 2006 de Inocsa a Elsamex (Elsamex, D-168, MRFyCR) y Cartas del 11 y 18 de octubre de Inocsa a Elsamex, en el Informe Mensual de octubre de 2006 (Honduras, Anexo 9-W, MCD). Nótese que hay contradicciones en gran parte de la documentación intercambiada entre Inocsa, SOPTRAVI y Elsamex frente al Informe Final de Auditoría del Tribunal Superior de Cuentas sobre este asunto. En dicho informe se establece que la geomalla se descartó porque la misma no era necesaria. Sin embargo, las demás pruebas aportadas y los argumentos presentados por las Partes, sugieren que la geomalla no se utilizó por falta de presupuesto para la misma.

²¹⁸ Por ejemplo, el 22 de noviembre de 2007, mediante oficio RL-158-2007, Inocsa le solicita a SOPTRAVI coordinar « (...) para proceder al desalojo de todo tipo de vehículos, incluyendo buses de transporte urbano, que diariamente se estacionan en la calzada, en ambos lados entre las Est. 0+000 y 3+750 donde los vecinos se dedican a la reparación y lavado de vehículos, venta de materiales, venta de verduras y quesos, unidades abandonadas, etc. Así mismo, los vecinos de esta sección del proyecto tapan las alcantarillas ubicadas en las Est. 1+159,70, 1+510, 2+117 (donde se ubica el puente peatonal) y 1+839,30, provocando que las lluvias y servidas circulen permanente sobre el hombro y la calzada. Todo lo anterior está produciendo el deterioro acelerado de cunetas, hombro y de la calzada, por lo que agradeceremos interponga sus buenos oficios para proceder de forma inmediata a estos desalojos». (Informe Mensual de Inocsa, noviembre de 2007, Honduras, Anexo 9-JJ, MCD). Otro ejemplo, es la estación 0+831, en donde se montó un negocio particular para venta de áridos y materiales de construcción (arena, grava y otros), y para este fin se construyó una división de bloque sobre la cuneta. Según el Informe de Auditoría Final del Proyecto, «dicha partición bloquea la capacidad de conducción de la cuneta y elimina por completo el área hidráulica, [ya que] es de común conocimiento que el propósito de su construcción y dimensionamiento es conducir los escurrimientos del agua del pavimento, hombros y áreas adyacentes, agua que al encontrar obstruido el paso desagua directamente a la calzada debido a que por dicha construcción no se le dejó previsto una obra de alivio lateral». (Elsamex, Doc. D-188, pág. 28, MRFyCR).

problemas estructurales del pavimento en esta zona y el insuficiente drenaje en forma detallada e independiente.

- Tramos con fallas geológicas

401. Hay presencia de fallas geológicas en la zona montañosa de la vía, entre los kilómetros 6+500 y 23+400; zona ésta que se encuentra afectada por fisuras y es muy lluviosa. El Proyecto original no contemplaba una solución frente a las fallas geológicas. No obstante, las distintas modificaciones incorporaron algunas medidas para tratar las mismas. El análisis respectivo se hará en una sección independiente más adelante.

- Tramo de Montaña

402. En la inspección *in situ* se pudo comprobar que, a pesar de la importancia de los drenajes en los tramos de la Carretera ubicados en corte de montaña y con terraplenes, resaltada por los Ingenieros Ruiz y Alvarado, sólo algunos cuentan con drenajes. En los casos en que sí hay drenaje, el mismo se encuentra obstruido en gran parte, ocasionando mayor humedad en la Carretera. En criterio de este Árbitro Único, la ausencia o insuficiencia de drenaje es un problema del diseño del Proyecto porque en estas zonas se observan múltiples fallas y desprendimientos por inestabilidad del talud producidos por el agua. Debió preverse una solución integral al manejo del agua.

- Valle del Zamorano

403. En la zona del Valle del Zamorano, que cubre el tramo de la Carretera rehabilitada aproximadamente desde el kilómetro 28 hasta el kilómetro 50, el clima es de poca lluvia y según se pudo observar en la Inspección *in situ* no se presentan deterioros significativos, a pesar de la falta de cunetas, subdrenaje y, aparentemente, la falta de mantenimiento. Este Árbitro Único considera que la ausencia de fallas en esta zona reafirma que la causa de los problemas no tiene que ver con el incumplimiento de las especificaciones de calidad de la mezcla asfáltica (ya que se hubiera observado de manera generalizada) y que el indebido manejo de la presencia excesiva de agua en otras zonas de la Carretera ha sido un factor contundente en el agrietamiento de la misma.

ii. ***¿Fue la inestabilidad geológica un factor contribuyente en la formación de grietas y piel tipo cocodrilo en la Carretera? ¿Fue inadecuado el tratamiento que se le dio a las fallas geológicas desde la perspectiva de diseño del Proyecto?***

1. **Posición de Elsamex**

404. Elsamex considera altamente probable que la inestabilidad del terreno, causada por las fallas geológicas ubicadas en toda la zona montañosa (las cuales producen pequeños movimientos de las capas inferiores o derrumbes provocando desplazamientos o fisuras en las capas asfálticas) hayan contribuido a la formación de los defectos que actualmente se observan en la Carretera.²¹⁹ Este problema, según explica la Demandante, fue

²¹⁹ Elsamex analiza estas fallas conjuntamente con los problemas en la subrasante, dados los terraplenes con rellenos inestables, que serán discutidos en detalle más adelante en la sección sobre la debilidad de la subrasante. En resumen, para Elsamex, algunos de los desperfectos se deben a que las zonas débiles del pavimento anterior no

identificado antes de iniciar las obras. Es decir, la Administración era consciente de los problemas que podían introducir las fallas geológicas no abordadas por el diseño original; además de los sismos, incluyendo el desplazamiento de los suelos que deteriora las construcciones antropogénicas, estas fallas geológicas podían provocar hundimientos e incluso levantamientos de las capas superiores (Elsamex, ¶200-202 y Apéndice 33, MRFyCR).

405. La Modificación No. 1 aprobó una nueva partida de obra concretamente dirigida a la reparación definitiva de estas fallas, pero Inocsa no ordenó la ejecución de los trabajos bajo este ítem, ni definió un diseño adecuado para llevarlos a cabo, en tiempo. Elsamex sostiene que, dada la naturaleza del Contrato entre las Partes, como Contratista debía limitarse a ejecutar los trabajos ordenados por la Supervisión,²²⁰ y a su juicio, los trabajos ordenados por Inocsa para el tratamiento de las fallas fueron insuficientes para darles una solución integral y definitiva. Esta falta de previsión no puede serle imputable a Elsamex.
406. En adición a lo anterior, Elsamex recuenta que la falta de presupuesto dificultó mucho el tratamiento global de las fallas geológicas de la Carretera y además sus efectos se agravaron aún más durante la "tormenta tropical 16" en el año 2008 (Elsamex, ¶213 y Apéndice AP33, MRFyCR). Luego, aparte de de las fallas identificadas por Inocsa en su informe inicial de 8 de noviembre de 2004, en el año 2010 se activaron nuevas fallas geológicas a lo largo del recorrido que están causando deterioros adicionales a la Carretera (Elsamex, ¶213 y Apéndice AP34, MRFyCR). En criterio de Elsamex, ninguno de estos deterioros es responsabilidad suya.

2. Posición de Honduras

407. Honduras no niega la existencia de las fallas geológicas y las dificultades que las mismas presentaban para el Proyecto. Tampoco niega que el diseño no las abordó adecuadamente pero considera que ésta no ha sido la causa principal de las fallas en el resto de la Carretera.
408. En vista de que la Demandada no se pronuncia específicamente sobre el asunto, se entiende que aplica el mismo criterio relativo al diseño del Proyecto en general, es decir que para la Demandada cualquier omisión en el tratamiento integral de las fallas geológicas, es imputable al Contratista.

3. Consideraciones del Árbitro Único

fueron debidamente detectadas en su momento, como resultado de que Inocsa (que era el ente encargado de identificar las zonas) utilizó un sistema inadecuado para ello. Al respecto se recalca que ambos peritos coinciden en que las medidas adoptadas no fueron suficientes para identificar las zonas débiles (Audiencia, págs. 222, 242-244, 287, y 522-523).

²²⁰ Elsamex señala que un claro ejemplo de ello son los Informes de Inocsa de diciembre de 2006 (apartado 5.3) y febrero de 2007 (apartado 2) que se refieren a: (a) la falta de presupuesto para dar un tratamiento definitivo a la falla del kilómetro 16+300; (b) el rechazo de la propuesta presentada por Inocsa para reparar esta falla de forma definitiva por parte de SOPTRAVI; y (c) la recomendación de realizar una reparación provisional de la falla con la construcción de subdrenajes (Honduras, Anexos 9-Y y 9-AA, MCD).

409. El texto del Documento de Licitación fue claro en advertir la existencia de diversas formaciones geológicas en la vía, ya que de esto dependían en gran medida los trabajos atinentes al proceso de rehabilitación. Cada una de las formaciones mencionadas presentaba un comportamiento distinto y para cada una de ellas era obligatorio diseñar y atender las medidas correctivas que mejor se adaptaran, desde el punto de vista técnico y económico (Elsamex, Doc. D-77, página 145, MD). No obstante lo anterior, las fallas geológicas no fueron abordadas en el diseño original del Proyecto. En concepto del Arbitro Único esta inconsistencia y falta de previsión por parte de la Administración no puede serle imputable a Elsamex.

410. Las Partes intentaron abordar el problema y darle tratamiento a las fallas geológicas por medio de las Modificaciones, pero dadas las limitaciones presupuestales, en determinados casos, las soluciones elegidas por la Administración fueron provisionales en lugar de definitivas. Es decir que, en algunos casos no se les dio un tratamiento integral a las fallas geológicas y los desmontes (o derrumbes) persistieron durante y después del Proyecto. Las siguientes zonas de fallas geológicas fueron atendidas por las Modificaciones:

- KM 6+500 (zona del motel):

411. En este punto había una falla del talud. Se decidió mejorar la estabilidad del talud que soporta el relleno con un muro de contención al lado derecho entre el KM 8+618 y 8+648 (para prevenir probables desplazamientos) y se colocaron subdrenajes y vertedero. Del expediente y la inspección *in situ* se concluye que el diseño para atender esta falla fue adecuado y la misma quedó estabilizada.

- KM 8+700:

412. En este punto las terrazas del talud del lado derecho no se mantienen estables e invaden la calzada pavimentada. La solución de esta falla fue compleja porque los taludes existentes descansan sobre un grupo de viviendas entonces debía adoptarse una solución que no pusiera las mismas en riesgo. Se construyó un muro de mampostería cimentado en el estrato firme del talud inestable y se instalaron subdrenajes para evacuar aguas profundas. Del expediente y la inspección *in situ* se concluye que el diseño para atender esta falla fue adecuado.

- KM 14+600:

413. En esta falla había desprendimiento de media sección de la Carretera existente al inicio del Proyecto. Inocsa ordenó trabajos provisionales en enero de 2005 y luego estudió diversas alternativas. Aquí se hicieron trabajos de terracerías y se construyeron alcantarillas nuevas, subdrenaje dentro del mismo relleno, drenaje francés y cunetas revestidas porque en esta zona aflora mucha agua de los taludes. No obstante, el tratamiento de esta falla fue insuficiente y durante la inspección se pudo observar que continúan los derrumbes en toda la zona aledaña.

- KM 16+300:

414. Del expediente probatorio se desprende que ésta es la falla geológica más compleja de la Carretera. Aquí se presenta un hundimiento o corrimiento constante entre 60 y 80 metros de Carretera en toda la sección. La Administración contrató un geotecnólogo para

realizar un estudio geológico de la zona.²²¹ A manera de solución definitiva, el especialista propuso la construcción de un viaducto o puente para liberar esta falla, en vista del dinero invertido en reparaciones anteriores sin éxito,²²² y advirtió específicamente que el viaducto implicaría una inversión relativamente mayor, pero sería la última.²²³ No obstante, varios meses después la Administración decidió posponer la solución integral de la falla geológica por falta de recursos y sólo ordenó darle una solución temporal a la misma.²²⁴ Al no dársele una solución definitiva, esta falla continuó presentando problemas a lo largo del Proyecto y en la inspección *in situ* se observaron nuevos derrumbes desde el KM14+500 hasta el KM 16+300.²²⁵

415. Cabe anotar que si bien hacia el final del Proyecto Inocsa identificó otras fallas geológicas las mismas no fueron atendidas estructuralmente durante la obra ni comprendidas en el diseño de la misma. En la inspección *in situ* también se comprobaron nuevos desmontes en los kilómetros 11+500, 12+400, 13+350 y 23+000. Algunos de éstos corresponden a fallas geológicas identificadas por Inocsa en el año 2008 pero que no fueron abordadas en el diseño del Proyecto. En gran parte de estos tramos (así como entre el KM 14+500 y el KM 16+300), no hay cunetas ni subdrenaje ni se observa mantenimiento rutinario. Los derrumbes de rocas han tapado algunos de los desagües o drenajes en la Carretera y hay estancamiento de agua en las cunetas naturales, ocasionando mucha humedad. En criterio de este Árbitro Único, esto sin duda es un problema de diseño que ha incrementado la gravedad de las fallas de la Carretera, y que se ha empeorado con la evidente falta de mantenimiento.

iii. ¿Resultó insuficiente el drenaje y subdrenaje contemplado en la obra, ocasionando las fallas actuales de la Carretera?

1. Posición de Elsamex

416. Elsamex considera que la causa principal de las grietas y demás fallas en la Carretera es una falla en el diseño al no contemplar éstas estructuras de drenaje adecuadas para atender las condiciones climatológicas y tipográficas de la Carretera. El Ing. Ruiz específicamente recalcó la falta de varios tipos de drenaje: (a) drenaje en desmontes, (b)

²²¹ Se efectuaron sondeos por medio de perforaciones con el equipo de laboratorio de SOPTRAVI intentando buscar una propuesta de tratamiento adecuado.

²²² Ver Informe Mensual de Inocsa de enero de 2006 (Honduras, Anexo 9-N, MCD).

²²³ Luego de un largo estudio, en octubre de 2006 se propuso una solución con cambio de línea (20-30 mts) hacia el lado derecho de la calzada, aunando al mejoramiento del sistema de drenaje existente para las aguas superficiales y subterráneas. Asimismo se recomendó la construcción de 150 mts. de un drenaje subterráneo con piedra bola y geotextil, alejar todas las alcantarillas existentes de la zona inestable e impermeabilizar las cunetas y canales que interactúan con los drenajes del Proyecto. También se advirtió que el terraplén del tramo inestable no debía ser removido parcial o totalmente. (Ver Informe Mensual de Inocsa de octubre de 2006 en Honduras, Anexo 9-W).

²²⁴ Inocsa recomendó como solución provisional desplazar el alineamiento en planta unos 80 cms con respecto al actual para el tramo del KM 15+900 a 16+500, pero dado el costo que suponía, se decidió dejarlo lo más cercano posible al tramo actual para no perder las cunetas revestidas. Ver Informe Mensual de Inocsa de diciembre de 2006 en Honduras, Anexo 9-Y).

²²⁵ Ver Informe Mensual de Inocsa de marzo de 2007 en Honduras, Anexo 9-BB, MCD). En agosto de 2007 en el tramo cubierto por esta falla ya se habían presentado asentamientos y una serie de grietas muy notorias en la mezcla asfáltica por el lado izquierdo de la calzada, con deformaciones de más de 2 cms, por lo cual Elsamex las rellenó con arena y emulsión asfáltica para evitar que las aguas lluvias penetren en la estructura del pavimento. (Honduras, Anexo 9-GG, MCD)

drenaje profundo para captar el agua que viniese por abajo, (c) drenaje superficial en forma de cunetas y (d) drenaje transversal para sacar el agua que se fuese moviendo por la Carretera.²²⁶ La tesis de la Demandante explica que esta falta de drenaje causó el estancamiento de aguas, particularmente en las zonas de montaña y aquellas aguas, a su vez, causaron las grietas.²²⁷

417. Elsamex recuenta que al comienzo del Proyecto, Inocsa consideró que las estructuras de drenaje eran adecuadas y suficientes²²⁸ (Elsamex, ¶204 y Doc. D-167 MRFyCR) y únicamente ordenó la construcción puntual de alcantarillas, cunetas, bordillos y subdrenes, según las necesidades que a su juicio surgían en el momento (Elsamex, ¶204, MRFyCR).²²⁹ Luego, más adelante, cuando se hizo evidente la insuficiencia de drenaje (Elsamex, ¶205, Doc. D-168 y D-169, MRFyCR), la Administración tardó mucho en implementar cambios que previeran un adecuado sistema de drenaje de las aguas subterráneas que afectaban la Carretera.²³⁰ Este problema sólo fue parcialmente atendido en la Modificación No. 4, que incorporó la construcción de subdrenes, en cantidad menor a la recomendada por el Contratista, y que, en todo caso resultó ser insuficiente para atender las necesidades de la Carretera (Elsamex, ¶208, MRFyCR; C3 y C4, Modificación No. 4). De manera que, a juicio de Elsamex, el problema de drenaje insuficiente nunca recibió una solución adecuada a pesar de que hubo numerosas propuestas intercambiadas sobre el asunto y, a juicio de Elsamex, el mismo acabaría repercutiendo severamente en el deterioro prematuro de la Carretera.²³¹

²²⁶ Ver Audiencia, Día 2, págs. 222-223.

²²⁷ En particular, Elsamex enfatiza que no se construyeron subdrenes en zonas de desmonte, hay pocas cunetas enchapadas y los subdrenajes son escasos. Adicionalmente, en la zona urbana faltan sistemas adecuados y específicos de drenaje. (Audiencia, 495-496, 498; Conclusiones 6 y 8, Reportaje Fotográfico Elsamex).

²²⁸ Como consta en su Informe Inicial de 8 de noviembre de 2004 y en sus Informes Mensuales del 2004 al 2006).

²²⁹ En contraste, desde muy temprano en la ejecución de la obra, Elsamex señaló que existía un problema de drenaje insuficiente en la Carretera, en particular, en los primeros puntos kilométricos del Proyecto. En numerosos oficios durante la ejecución de las obras consta que las Partes tenían conocimiento de los problemas de drenaje que adolecía el Proyecto (Elsamex, ¶205, Doc. D-168 y D-169). No obstante, en la Modificación No. 1, el nuevo diseño continuó sin prever un adecuado sistema de drenaje de las aguas subterráneas que afectaban la Carretera. Las Modificaciones No. 2 y 3 tampoco trataron el asunto. La insuficiencia de las estructuras de drenaje existentes, y la falta de presupuesto para ejecutar en tiempo y forma los trabajos de drenaje que eran ordenados puntualmente por la Supervisión, unidos a una serie de acontecimientos no imputables a Elsamex, agravaron los problemas de drenaje que presentaba la Carretera. El problema de la insuficiencia del drenaje en el diseño del Proyecto sólo fue parcialmente atendido en la Modificación No. 4, que incorporó la construcción de subdrenes, en cantidad menor a la recomendada por el Contratista, y que, en todo caso resultó ser insuficiente para atender las necesidades de la Carretera (Elsamex, ¶208; C3 y C4, Modificación No. 4). El problema de drenaje insuficiente nunca recibió una solución adecuada a pesar de que hubo numerosas propuestas intercambiadas sobre el asunto y, a juicio de Elsamex, el mismo acabaría repercutiendo severamente en el deterioro prematuro de la Carretera.

²³⁰ En numerosos oficios durante la ejecución de las obras consta que las Partes tenían conocimiento de los problemas de drenaje que adolecía el Proyecto (Elsamex, ¶205, Doc. D-168 y D-169). No obstante, en la Modificación No. 1, el nuevo diseño continuó sin prever un adecuado sistema de drenaje de las aguas subterráneas que afectaban la Carretera. Las Modificaciones No. 2 y 3 tampoco trataron el asunto. La insuficiencia de las estructuras de drenaje existentes, y la falta de presupuesto para ejecutar en tiempo y forma los trabajos de drenaje que eran ordenados puntualmente por la Supervisión, unidos a una serie de acontecimientos no imputables a Elsamex, agravaron los problemas de drenaje que presentaba la Carretera.

²³¹ En opinión de la Demandante el problema de drenaje insuficiente de la Carretera no es imputable a Elsamex porque ésta cumplió con sus obligaciones y advirtió los problemas de drenaje que presentaba la Carretera, colaboró de buena fe en la ejecución de todos los trabajos encomendados y propuso la construcción de subdrenajes adicionales (Elsamex, Doc. D-171, MRFyCR). Sin embargo, la Demandada no solucionó los problemas de diseño en relación con la falta de drenaje debido a las limitaciones presupuestales. (Elsamex, ¶108 y 110-111, ACE).

418. En cuanto a las imputaciones de Honduras, Elsamex explica que la Demandada se basa en el presupuesto errado de que los ítems en el Contrato original, denominados "enchape de cunetas" y "material de río de 2" para filtro" comprendían la construcción de subdrenajes y, por lo tanto, para Honduras, Elsamex incumplió la obligación de instalar los mismos. Sin embargo, en realidad no estaba prevista una partida para el subdrenaje en la lista de cantidades original y estos ítems comprendían actividades diferentes²³² (Elsamex, ¶¶95-96, ACE).

419. En la Audiencia, Honduras también alegó que los subdrenajes ordenados por la Supervisión²³³ no fueron ejecutados por Elsamex.²³⁴ La Demandante explica que ejecutó una longitud total de subdrenajes equivalente a 1.278,50 metros (1.187,50m + 91,00m), es decir, prácticamente la totalidad de lo ordenado por Inocsa pero en algunos casos en lugares diferentes a los inicialmente previstos como resultado de órdenes de la Supervisión *in situ*.²³⁵ En opinión de Elsamex, la Demandada sacó de contexto los oficios contentivos de las órdenes de drenaje, ignorando las instrucciones verbales finales de Inocsa²³⁶ y, por lo mismo, dichos oficios no son prueba de las instrucciones dadas al Contratista, especialmente teniendo en cuenta que Honduras no presentó ningún testigo de Inocsa durante la Audiencia (Elsamex, ¶¶104-108, ACE; ¶¶181, MRFyCR; Apéndice 3, MD).

2. Posición de Honduras

420. Honduras considera que la infiltración del agua²³⁷ no es la causa de los defectos de la Carretera,²³⁸ pero en cualquier caso, toda falla en el diseño de las estructuras de drenaje

²³² Honduras alega que los ítems denominados "enchape de cunetas" y "material de río de 2" para filtro" contemplados en el Contrato original preveían la construcción de subdrenajes, para sustentar que el diseño original sí preveía subdrenajes y que Elsamex incumplió sus obligaciones al no instalarlos. Elsamex insiste que estos ítems tienen características significativamente diferentes a los subdrenajes y en realidad el Contrato original no preveía una partida tal en su lista de cantidades. A continuación se explica la diferencia entre estos ítems y el subdrenaje como tal: (1) El enchape de cunetas sólo canaliza el agua superficial y no la subterránea, y en consecuencia, forma parte del sistema de drenaje superficial, no del sistema de drenaje profundo (subdrenaje). (2) Aun cuando el material de río de 2" para filtro es un ítem relacionado con el sistema de drenaje de la Carretera, este material por sí mismo no constituye un subdrenaje y las especificaciones técnicas no indicaban que dicho material debía ser utilizado en subdrenaje profundo. En todo caso, Elsamex resalta que a lo largo del Proyecto sólo se ejecutaron 666.75 metros cúbicos bajo el ítem de material de río de 2" para filtro en las estimaciones 16, 19, 27 y 28, lo que resulta insuficiente para garantizar el adecuado drenaje de la Carretera. Al amparo de las Modificaciones 1, 2 y 3 se ordenó la construcción de unos pocos subdrenajes puntuales bajo administración delegada con base en los materiales de "Tubería PVC 6" drenaje" y "Geotextil", pero las cantidades contractuales de estos materiales también eran insuficientes para garantizar la construcción de un adecuado sistema de drenaje. (Elsamex, ¶¶95-97, ACE).

²³³ En oficios del 18 de agosto de 2005, 23 de septiembre de 2005 y 9 de marzo de 2006, adjuntos al oficio del 22 de enero de 2008.

²³⁴ En esos tres oficios junto con un oficio del 24 de enero de 2006 que también se adjuntó al Oficio de 22 de enero de 2008, se recogían las órdenes escritas de la Supervisión a Elsamex en relación con la construcción de subdrenajes durante las Modificaciones No.1 y 2, que representan en total 1.290,00 metros de longitud. (Elsamex, ¶¶101-103 y 108, ACE; 546, Audiencia).

²³⁵ El Contratista sostiene que compró todos los materiales necesarios para la construcción de dichos subdrenajes ordenados por la Supervisión, pero la Supervisión, una vez en campo y de forma verbal, decidió o bien no colocar determinados subdrenajes o bien colocarlos en puntos distintos a los inicialmente ordenados.

²³⁶ Elsamex recalca la desorganización interna de Inocsa y las órdenes, a veces, contradictorias recibidas por parte de ésta en relación con los subdrenajes.

²³⁷ En el Informe GYP IV específicamente se señala: «La razón que presenta Elsamex en cuanto a que puede ser producto de una infiltración de las aguas lluvias se considera que no es posible, ya que la capa se ha elaborado con

es imputable a Elsamex por las mismas razones discutidas en secciones anteriores. Adicionalmente, Honduras argumenta que (i) el diseño sí comprendía la instalación de subdrenajes desde un comienzo bajo los ítems denominados "enchape de cunetas" y "material de río de 2" para filtro" (Audiencia, Día 2, pág. 322), y que (ii) Elsamex incumplió las especificaciones técnicas en materia de drenaje al no instalar los drenajes y subdrenajes ordenados por la Supervisión; y que dicho incumplimiento ha contribuido a empeorar las fallas de la Carretera. En particular, sobre el segundo punto, Honduras sostiene que Elsamex incumplió las especificaciones en materia de cunetas y drenaje, tales como los subdrenajes ordenados en los kilómetros 0+600 a 1+200 por Inocsa en enero de 2008 y cita otros ejemplos del Informe Técnico y Puntual de Inocsa (Honduras, Anexo 6, MCD), indicando que nunca se ejecutaron (Honduras, Anexo 6, MCD; ¶92, MCH). Por lo anterior, a juicio de Honduras, cualquier falla atribuible a la insuficiencia de drenaje, sin duda es imputable a Elsamex.

3. Consideraciones del Árbitro Único

421. Este Árbitro Único coincide con los Informes Intevía y con el Dr. Tejada en cuanto a que el aspecto de los subdrenes puede tener una importancia capital para una obra con las características de esta Carretera. Esto, debido al evidente movimiento de agua subterránea en la zona, el cual se observa en los deslizamientos de taludes en terraplenes y otros síntomas. Además, las consecuencias del agua subterránea pueden ser mucho más complicadas si los suelos de la Carretera son de mala calidad.²³⁹ De los hechos del caso se desprende que evidentemente los trabajos de drenaje fueron supremamente desorganizados y faltos de planeación.²⁴⁰ Además muchos de estos

una granulometría densa, siendo por consiguiente impermeable. La infiltración sólo se podría presentar en caso de tener una capa de granulometría abierta». (Honduras, Anexo 42, pág. 19, MDFyRR).

²³⁸ GyP considera que los valores de capacidad de soporte (CBR) son adecuados, ya que la vía se encuentra construida en buena longitud, sobre rocas del tipo sedimentario, siendo éstas lutitas y tobas volcánicas. Además, se basa en los ensayos elaborados por la DGC en noviembre de 2007 para concluir que los valores de CBR son adecuados (ya que los valores reportados son altos) y por tal motivo descarta que la subrasante sea la causa de las fallas en la capa de rodadura. Nótese que para verificar la capacidad de soporte que presentan los suelos a lo largo de la vía, la DGC, efectuó un estudio en noviembre del 2007 mediante el método del Cono de Penetración Dinámico D.C.P (norma ASTM D 6951) y obtuvo un muestreo de valores, tomados cada 500 metros tanto a la derecha como a la izquierda de manera alterna de la línea central. (Honduras, Anexo 42, pág. 2, MDFyRR; Audiencia, Día 2, pág. 361).

²³⁹ Ver Informe Intevía II, págs. 46-47 y Anexo 11 al mismo, en Elsamex, Apéndice 27, MD).

²⁴⁰ El Informe Intevía II recuenta los hechos relativos al drenaje en detalle:

- En la Modificación No. 1 al Contrato (que finalizaba el 18 de enero de 2007), estaban contemplados 10,000.00 m² de enchape de cunetas con concreto, a diciembre de 2006 habían ya ejecutadas 11,157.37 m², es decir 1,157.37 m² más de lo contratado.
- En Oficio RL-237/06, del 29 de diciembre de 2006, recibida el 3 de enero de 2007, INOCSA remitió la propuesta de una Orden de Cambio que contemplaba incrementar de 10,000 m² a 20,000 m², fecha en la que aún no se había concretado la ampliación de plazo de finalización del proyecto. El 26 de enero de 2007 se firma la Orden de Cambio, pero por un total de 13,357.37 ya que la ampliación de plazo aprobada, y legalizada con la Modificación 2, finalizaba el 3 de mayo de 2007.
- En el Oficio RL-67/2007, del 4 de julio de 2007, INOCSA envió un listado con 10,011.30 m² de cunetas, contando con tan solo 3 meses para finalizar la Obra (de acuerdo con la modificación 3, cuya fecha de finalización era el 3 de octubre de 2007). Es decir, las órdenes dadas por INOCSA se produjeron cuando la obra estaba en vías de finalización y cuando el plazo restante no permitía la ejecución de lo ordenado.
- En cuanto a los subdrenes, en el contrato original no figuraba esta partida y los pocos subdrenajes ordenados por INOCSA, sólo 1247 m fueron con geotextil y tubería ranurada, se ejecutaron en su momento, en el año 2006. Tras de la aparición de deterioros en primera capa ELSAMEX remitió a INOCSA mediante oficio No.

trabajos no se previeron en el diseño hasta después de que aparecieron fallas en la Carretera. Ello quiere decir que, si efectivamente la falta de drenaje fue la causa principal de las grietas en la Carretera, gran parte del daño estaba hecho desde entonces porque las aguas subterráneas ya se habían infiltrado en el subsuelo, desestabilizando el terreno.

422. En opinión de este Árbitro Único, la argumentación de Honduras en materia de drenaje es algo confusa por no decir contradictoria, ya que, de un lado, niega que la infiltración del agua sea la causa de los defectos de la Carretera y, del otro, alega que el incumplimiento de Elsamex frente a las órdenes de instalación de subdrenajes contribuyó a empeorar las fallas de la Carretera.

423. Como vimos antes, el primer argumento no tiene fundamento frente a las pruebas y a la realidad de la Carretera, por lo cual no amerita discusión. El segundo argumento de Honduras se divide en varios aspectos: (1) el incumplimiento genérico de Elsamex en materia de subdrenaje al no revisar el diseño en materia de drenaje; y (2) el incumplimiento específico de ciertas órdenes de subdrenaje dadas por Inocsa que no fueron ejecutadas por el Contratista. Sin embargo, como se verá a continuación, ninguno de los dos tiene cabida.

- Obligaciones de revisión del diseño a cargo de Elsamex

424. En contraposición a lo que alega Honduras, Elsamex no tenía obligación de revisar y mejorar el diseño propuesto por la Administración en la Licitación ya que específicamente se dispuso en el la Cláusula 14.1 del Contrato que debía basarse en los informes proporcionados por la Administración y cualquier otra información con la cual contara para presentar la oferta. Ahora bien, como se analizó en gran detalle en la sección denominada "Naturaleza legal y contractual de los potenciales factores causantes de las fallas de la Carretera", para que el riesgo de diseño no le sea atribuible al Contratista, es necesario que éste notifique a la Administración de cualquier problema identificado al efecto. Además de la contratación de dos estudios pagados por el Contratista para analizar el estado de la Carretera, los hechos comprobados demuestran que Elsamex notificó a Inocsa de la urgencia de la colocación de drenaje²⁴¹ y subdrenaje²⁴² oportunamente, tal cual lo requieren la Cláusula 32.1 del Contrato²⁴³ y el Art. 186 del RLCE.

TD96/07 de fecha 29 de junio/07, la recomendación de hacer subdrenaje en distintos puntos a lo largo de toda la obra, con el fin de preservar la subrasante de un exceso de humedad que disminuyera su resistencia plástica, estimando unos 5000 metros lineales necesarios entre las estaciones 17+000 a 22+000. Como respuesta INOCSA se pronunció mediante oficio RL-68/07 diciendo: "*En respuesta a su nota TD-96/07 agradecemos sus comentarios al respecto, pero le recordamos que sólo INOCSA tiene la potestad de definir las obras que se van a ejecutar en el proyecto.*"

(Informe Intevía II, pág. 46 en Elsamex, Apéndice 27, MD).

²⁴¹ Por ejemplo, cuando Inocsa dio la orden de pavimentar sólo 3.65 mts (más sobrecanchos) de cada trocha, sin pavimentar el hombro, Elsamex no estuvo de acuerdo porque, cuando llueve, «hay remanente de agua en las curvas con peralte positivo en el punto donde convergen la segunda y la primera capa del pavimento de concreto asfáltico» y, resaltó que no se haría «responsable por los daños que ocurran en las zonas donde no hay drenaje de agua a lo largo de la línea de unión», según consta en la bitácora del 23 de abril de 2007. Elsamex insistió en que «debido al procedimiento constructivo aplicado en la colocación de la segunda capa de concreto asfáltico, en las curvas no se llega(ba) a cubrir el hombro alto». Por ello, en aras de evitar filtraciones del agua acumulada en la junta de las capas, Elsamex le solicitó a Inocsa su autorización para ejecutar «por Administración Delegada la actividad de sellado con emulsión y arena de la junta de las dos capas de concreto asfáltico situada en la parte alta de los tramos en curva» (ver oficio del 25 de abril de 2007). En mayo de 2007, Elsamex resaltó la presencia de agua en la superficie de la calzada en los puntos bajos sin posibilidad de desagüe por la presencia del bordillo; no obstante, para Inocsa, la

425. Ante futuros eventos o circunstancias que pudiesen perjudicar la calidad, el precio o el tiempo de los trabajos, el Contrato le exigía al Contratista colaborar con la Supervisión en la preparación y consideración de propuestas acerca de la manera en que éstos podían ser evitados o reducidos. Asimismo, la ley dispone que una vez el Contratista notifica una deficiencia o imprevisión en el diseño o en las instrucciones del Supervisor de la obra, se deben adoptar medidas de común acuerdo necesarias para contrarrestar sus efectos. Es decir que, contractual y legalmente las Partes estaban obligadas a buscar una solución al problema de drenaje y subdrenaje conjuntamente. En efecto ello sucedió frente algunas sugerencias del Contratista.²⁴⁴ Empero, la Supervisión ignoró una parte sustancial de las recomendaciones de Elsamex y, en particular, envió una respuesta displicente a Elsamex sobre las sugerencias de subdrenaje indicando que el diseño y la Administración de la obra no le correspondían al Contratista pues era Inocsa quien debía decidir estas cuestiones.²⁴⁵

426. En opinión de este Árbitro Único, al haber sido bloqueado de toda participación significativa en la formulación de una solución frente al problema de diseño en materia de

causa del problema no eran los bordillos sino la falta de limpieza adecuada al derecho de vía (ver cartas del 2, 7 y 9 de mayo de 2007). Elsamex insistió en que los vertederos eran fundamentales para evitar el estancamiento del agua en las zonas de los bordillos y advirtió que «de no ordenarlos el daño provocado por el agua almacenada podría causar deterioro en la carpeta asfáltica». Ante lo anterior, Inocsa procedió a instruir que todos los bordillos debían tener vertederos en su salida, pero no dio una orden concreta instruyendo la construcción de vertederos específicos hasta julio de 2007, ya entrada la temporada de lluvias. (Ver Informes Mensuales de Inocsa de abril y julio de 2007 en Honduras, Anexos 9-CC y 9-FF, MCD).

²⁴² Nótese que, por ejemplo, el 29 de junio de 2007, Elsamex presentó un informe sobre las necesidades de bacheo y subdrenajes de los tramos pk 17+380 al pk 26+621 y del pk 6+329 al pk 48+551 respectivamente (ver oficio TD-96/07 Anexo al Informe Mensual de Inocsa de junio de 2007 en Honduras, Anexo 9-EE, MCD). Luego, Inocsa respondió a este oficio el 5 de julio de 2007 señalando: «agradecemos sus comentarios al respecto, pero le recordamos que sólo Inocsa tiene la potestad de definir las obras que se van a ejecutar en el proyecto» (ver oficio RL-68/2007 en Anexo al Informe Mensual de Inocsa de julio de 2007 en Honduras, Anexo 9-FF, MCD).

²⁴³ **Cláusula 32 del Contrato. Aviso Anticipado.**

32.1 El Contratista deberá dar aviso al Gerente de Obras y a la Dirección lo antes posible, de futuros eventos probables específicos o circunstancias que puedan perjudicar la calidad de los trabajos, elevar el precio del Contrato o demorar la ejecución de las Obras. El Gerente de Obras o la Dirección podrán solicitar que el Contratista entregue una estimación de los efectos esperados del hecho o circunstancia futuro en el precio del Contrato y la fecha de terminación. El Contratista deberá proporcionar dicha estimación tan pronto como sea razonablemente posible.

32.2 El Contratista deberá colaborar con el Gerente de Obras y la Dirección en la preparación y consideración de propuestas acerca de la manera en que los efectos de dicho hecho o circunstancia puedan ser evitados o reducidos por alguno de los participantes en el trabajo y para ejecutar las instrucciones correspondientes que ordenare el Gerente de Obras o la Dirección.

²⁴⁴ En algunos casos aparentemente Inocsa sí adoptó las recomendaciones del Contratista. Ver por ejemplo oficio sobre orden de construcción de filtros RL-128/2007 del 22 de octubre (Anexos al Informe Mensual de Inocsa octubre de 2007 en Honduras, Anexo 9-II, MCD).

²⁴⁵ Ver oficio RL-68/2007 en Anexo al Informe Mensual de Inocsa de julio de 2007 en Honduras, Anexo 9-FF, MCD. Luego, el 13 de julio de 2007, ignorando las sugerencias de Elsamex, Inocsa simplemente remite un listado de vertederos, filtros (1.350 ml en tramos entre km 17+300 y 20+420) y cunetas (2.980m² en tramos entre 1+835 y 2+600 y 17+300 y 20+760) por construir urgentemente porque estando en la temporada de lluvias, las aguas están dañando el hombro de la calzada de la Carretera (Ver oficio RL-75/2007). El 17 de julio de 2007, Elsamex solicita que se defina la forma de pago de las actividades de saneamiento de baches, vertederos y filtros teniendo en cuenta que el contrato no los contempla (ver oficio TD-101/07). (Anexos al Informe Mensual de Inocsa de julio de 2007 en Honduras, Anexo 9-FF, MCD). Luego en el Informe Mensual de octubre de 2007 se deja constancia que las obras de protección no se incluyeron en la Modificación No. 3 con lo cual no hay precios unitarios acordados para estas actividades (Honduras, Anexo 9-II, MCD).

cunetas, drenajes y subdrenajes, el Contratista queda exonerado de cualquier responsabilidad por el mismo. Legalmente no puede imputársele al Contratista responsabilidad por elementos fuera de su esfera de obligaciones y control. Luego, más adelante cuando Inocsa reconoció la gravedad del problema que presentaba la insuficiencia del drenaje, y recomendó la instalación de varias estructuras de protección,²⁴⁶ el Proyecto enfrentó un problema de escasez de fondos y la Administración eligió priorizar otras actividades en aras de pavimentar un tramo mayor de la Carretera. Esto impidió y retrasó en gran medida la construcción de muchas de las obras de protección de la Carretera (incluyendo parte del drenaje) sugeridas por la Supervisión. Como resulta evidente del expediente probatorio, dichas circunstancias tampoco le son imputables al Contratista bajo el Contrato o la Ley.

- Elsamex no incumplió el Contrato en relación con la ejecución de las obras de subdrenaje

427. En criterio de este Árbitro único, la alegación genérica de Honduras sobre el incumplimiento de Elsamex en cuanto a la instalación de subdrenaje, se cae por sí misma, puesto que se basa en el supuesto de que el ítem respectivo se contemplaba en el Contrato original dentro de las especificaciones de otras actividades.

428. Primero, el expediente indica que Inocsa efectivamente ordenó algunos subdrenajes puntuales al comienzo del Proyecto, pero al no encontrarse éstos comprendidos en los Datos del Contrato, Elsamex se negó a ejecutarlos en la época hasta definirse el precio de los mismos. Nótese que aun cuando unas pocas especificaciones mencionaban la facultad de la Supervisión para ordenar subdrenes de ser necesarios,²⁴⁷ las

²⁴⁶ Por ejemplo, en el Informe Mensual de Inocsa de febrero de 2007 se deja constancia que: «Inocsa presentó a SOPTRAVI las cantidades recomendadas en cada una de las actividades de obra, haciendo énfasis en las obras de protección de la carretera como ser revestimiento de cunetas con concreto hidráulico, losas de aproximación con concreto hidráulico, construcción de bordillos y accesos. Es importante mencionar que con los fondos actuales se podrán cubrir solamente 23 km. de los 50 km. rehabilitados en la segunda capa con concreto asfáltico, además no se construirá el 80% de las cunetas revestidas sugeridas por la supervisión. Es necesario ubicar los fondos necesarios para la finalización de la segunda capa de carpeta asfáltica y completar las obras de protección recomendadas». (Honduras, Anexo 9-BB, pág. 12, MCD). Asimismo, en el Informe Mensual de Inocsa de mayo de 2007 se reitera esta preocupación en palabras similares: «Se recomienda de manera urgente la obtención de fondos adicionales para la colocación de la segunda capa de mezcla asfáltica en los restantes 25.5 kilómetros, sin los cuales la primera capa de [sic] quedará desprotegida y los daños se presentarán en un periodo menor de tiempo, en otras palabras la vida útil de la vía será muy corta, lo mismo que las obras de protección restantes son muy importantes, por eso esta supervisión solicita se implementen a la mayor brevedad posible estas obras. Es importante que el contratista construya todas las obras de protección ordenadas, como [sic] ser bordillos, cunetas y accesos, con el fin de proteger la inversión realizada y no afectar la durabilidad de la carretera.» (Honduras, Anexo 9-DD, pág. 23, MCD). Luego en el Informe Mensual de Inocsa de julio de 2007 la Supervisión advierte: «Es importante mencionar que con la modificación 3 se podrán cubrir solamente 45 km. de los 50 km. rehabilitados en la segunda capa con concreto asfáltico, además no se construirá el 70% de las cunetas revestidas sugeridas por la supervisión. Es necesario ubicar los fondos necesarios para la finalización de la 2da capa de carpeta asfáltica y completar las obras de protección recomendadas para que la vida útil del proyecto sea mucho mayor». (subrayado fuera de texto) (Honduras, Anexo 9-FF, MC).

²⁴⁷ Por ejemplo, en la descripción del procedimiento de ejecución del trabajo de Escarificación y Conformación de la Calzada Asfáltica Existente, dispuesto en las Especificaciones Especiales se indica: «Si se encontrare una condición inestable por debajo de la superficie, el material inadecuado será removido en toda el área afectada y hasta la profundidad que el supervisor señale. El material de reemplazo estará de acuerdo a su respectiva actividad previamente especificada. El Supervisor determinará la necesidad de proveer subdrenajes y el Contratista los

especificaciones especiales de los mismos no fueron establecidas y las supletorias generales indican materiales y trabajos no comprendidas en el en Contrato. Se llega a esta conclusión teniendo en cuenta que: (a) para la instalación de subdrenes se requieren materiales y labores diferentes o adicionales al enchape de cunetas y al material de río, por lo cual no se pueden equiparar estas actividades a la instalación de subdrenaje,²⁴⁸ y (b) la obligación pertinente del Contratista de instalar subdrenajes por un determinado valor tampoco estaba contemplada o especificada de forma clara en el Contrato original.²⁴⁹ Se recalca que el propio Inocsa reconoció expresamente la falta de un precio unitario pactado para el concepto de subdrenajes y la correspondiente necesidad de negociar el mismo.²⁵⁰

429. Segundo, Elsamex argumenta que Inocsa cambió la ubicación de algunos subdrenes por órdenes *in situ* del Ingeniero, sin embargo, el Contratista desconoce que, bajo ley hondureña, para que una orden verbal sea vinculante, la misma debe ser ratificada por escrito seguidamente.²⁵¹ De manera que, algunos de los drenajes ejecutados en lugares

instalará tal como se le indique. Esta actividad será reconocida de acuerdo a lo especificado en su actividad respectiva. » Ver apartado 2.3, pág. 66 de las Especificaciones Técnicas (Elsamex, Doc. D-77, MD).

²⁴⁸ Elsamex tiene razón en afirmar que el enchape de cunetas no corresponde a la actividad de subdrenaje y el material de río, si bien puede ser una de las actividades comprendidas en la construcción de subdrenes, en definitiva no equivale a la misma. Primero, según la Sección 21 del Documento de Licitación, el enchape de cunetas consiste en la construcción de losas de concreto para revestir cunetas, canales, taludes, vertederos o derramadores, con un espesor mínimo de 10 cms. En ningún momento se contempla subdrenes dentro de la especificación. (Elsamex, Doc. D-77, pág. 115, MD). Segundo, la Sección 20 del Documento de Licitación únicamente describe la actividad relativa al material de río como tal, aun cuando incluye la mano de obra, equipo de transporte, material y colocación del mismo en un determinado sitio, zanja o cama drenante. Sin embargo, se observa que las demás actividades que lo utilizan están complementadas con otros ítems de trabajo. Esta especificación tampoco describe cómo deben instalarse los subdrenes. (Elsamex, Doc. D-77, pág. 115, MD). Ahora, las Especificaciones Especiales indican que todo lo no contemplado en ellas, se regirá por las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos dispuestas en el Manual de Carreteras. En éstas a su vez la especificación de subdrenajes de desagües inferiores describe detalladamente qué trabajos y materiales se requieren para ello, y la sola lectura del mismo demuestra claramente que los Datos del Contrato no contemplaron dichas actividades o materiales en sus precios.²⁴⁸ SOPTRAVI, DGC, Manual de Carreteras, Tomo 5, Diciembre de 1996, Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos, Capítulo II, págs. 143-145.

²⁴⁹ Como se explicó en detalle en secciones anteriores, frente a los asuntos que no se encuentran regulados por el derecho administrativo, debe aplicarse el derecho privado. Las disposiciones en el Código Civil de Honduras indican cómo debe ser interpretados los Contratos. Por ejemplo, el Art. 1578 dispone que: «Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en el cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar » (Subrayado fuera de texto). Por esto, no se puede entender que una un ítem sobre el cual no se ha acordado un precio, está comprendido entre las obligaciones del Contratista. Igualmente, el Art. 1576 dispone que: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas» (Subrayado fuera de texto). Nótese que la Administración no hizo uso de las prerrogativas dispuestas en los Art. 119-123 de la LCE durante la ejecución del Contrato para modificar los términos del mismo, incorporando un precio para los subdrenajes antes de que las Partes incorporaran este ítem conjuntamente en las Modificaciones.

²⁵⁰ Ver Informe Mensual febrero de 2005, pág. 3 en Honduras, Anexo 9-C, MCD.

²⁵¹ El Art. 185 del RLCE dispone lo siguiente sobre la ejecución de las obras en los contratos de obra pública: «Las obras se ejecutarán con estricto apego al contrato y a sus anexos, incluyendo eventuales modificaciones, planos y demás documentos relativos al diseño de los proyectos y conforme a las instrucciones por escrito que, en interpretación técnica del contrato y de los citados anexos, diere al contratista el Supervisor designado por la Administración. Si se dieran instrucciones en forma verbal, en atención a las circunstancias que concurran, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible para que tengan efecto vinculante entre las partes. El profesional o profesionales que hubieren sido aceptados para dirigir los trabajos a cargo del contratista, deberán

diferentes a los ordenados por escrito, técnicamente no serían vinculantes y, por lo tanto, no corresponderían a las especificaciones e instrucciones contractuales. No obstante lo anterior, también es cierto que era obligación del Supervisor actualizar el programa de trabajo por escrito cuando se diera el caso. Adicionalmente, llama la atención que, si en efecto Elsamex hubiera construido los drenajes y subdrenajes en forma contraria a lo establecido en las instrucciones, ello no se hubiere reflejado en los Informes Mensuales de Inocsa. En criterio de este Árbitro, la ausencia de una queja o anotación al respecto, indica al menos el consentimiento implícito de Inocsa con respecto a las obras de subdrenaje que sí fueron ejecutadas.

430. Tercero, el 24 de abril de 2007 la Administración certificó que todas las obras ejecutadas hasta entonces, se habían ejecutado de conformidad con las especificaciones requeridas. De lo anterior se desprende que, cualquier cambio de instrucciones (por ejemplo, con respecto al lugar de instalación de ciertas estructuras de drenaje) que hubiere impactado las obras ejecutadas hasta dicha fecha, fue avalado y ratificado por medio de esta certificación emitida por SOPTRAVI.²⁵² Cabe además resaltar que Honduras se refiere en su argumentación a los oficios citados en el Informe Específico y Puntual sobre los Puntos en Controversia con Elsamex de enero de 2008.²⁵³ Todos los oficios citados corresponden a fechas anteriores a la susodicha certificación; evidentemente si las órdenes expuestas se entendían incumplidas, la Administración no hubiera emitido la misma. Por lo anterior, este Árbitro encuentra que la argumentación de Honduras frente al asunto es contradictoria con los propios actos de la Administración.

hacerlo personalmente y atenderlos de manera que el avance de la obra esté de acuerdo con el programa de trabajo». (Subrayado fuera del texto).

²⁵² Mediante oficio del 24 de abril de 2007, Inocsa le escribió comunicación a SOPTRAVI mediante la cual afirmó:

- "No existen obras que se hayan ejecutado fuera de contrato o especificación, todas las obras ejecutadas son las consideradas en el Contrato Original y luego en la Modificación No.1 al Contrato de ELSAMEX, cumpliendo con las especificaciones establecidas en los mismos.
- Se adjunta resumen de resultados de Laboratorio de Mezcla Asfáltica, los cuales se adaptan al diseño aprobado por INOCSA.
- Se adjunta resumen de resultados de Laboratorio de la emulsión, característica de la base triturada, pruebas de la base después de la estabilización. Lo mismo que las especificaciones establecidas por INOCSA.
- Se aclara que los trabajos que se realizan en sitios del proyecto, denominados como bacheo, no se atribuyen a defectos de construcción sino a la presencia de daños aparecidos en algunos sitios puntuales, en la subrasante a profundidades de hasta 1.20 Mts. producto de la infiltración de agua, existencia de materiales inadecuados y saturados.
- Entendemos que los problemas han sido creados por los medios de comunicación, dada la distorsión mal intencionada en el manejo de la información relacionada al proyecto."

Ver Informe Mensual de Inocsa de abril de 2007 (Honduras, Anexo 9-CC, MCD).

²⁵³ Allí mismo se citan las notas enviadas por Inocsa, sin que se relacione respuesta alguna de Elsamex para éstas:

Notas enviadas por Inocsa	Fecha
IR-06/2006	24 de enero de 2006
IR-35/2006	9 de marzo de 2006
IR-75/2006	18 de agosto de 2006
IR-83/2005	23 de septiembre de 2005
IR-112/2006	9 de mayo de 2006
IR-123/2006	5 de junio de 2006

(Ver Informe Específico y Puntual sobre los puntos en controversia con Elsamex enviado por Inocsa el 22 de enero de 2008, pág. 2 en Honduras, Anexo 6, MCD).

431. Cuarto, la cronología de las comunicaciones entre las Partes al efecto demuestra que las órdenes de Inocsa eran contradictorias frente a los Informes Mensuales que la misma realizaba: (a) la Supervisión no diferenciaba entre órdenes no ejecutadas por el Contratista (debido a que no se había establecido un precio para las mismas) y aquéllas que el Contratista realmente había incumplido; (b) no tenía en cuenta los límites pactados para cada actividad en el Contrato; y (c) pretendía que el Contratista trabajara en ciertas actividades aun cuando sabía que no existían fondos para las mismas y SOPTRAVI había ordenado no ejecutarlas. A continuación puede observarse el intercambio entre las Partes:

Notas enviadas por Inocsa			Respuestas de Elsamex		
Oficio	Fecha	Resumen órdenes de construcción de drenaje y subdrenaje	Oficio	Fecha	Resumen respuesta y comentarios a las órdenes de drenaje y subdrenaje
IR-75-2005	18 de agosto de 2005	Orden de construir subdrenajes tipo II en los tramos 0+600-1+200 LD, 4+100-4+400 LI, 5+500-5+660 LI, 8+500-8+650 LD.			No hay precios de subdrenes acordados
IR-83/2005	23 de septiembre de 2005	En oficio IR-75-2005 se solicitó la construcción por Administración Delegada de los subdrenajes para los tramos: 0+600-1+200 LD, 4+100-4+400 LI, 5+500-5+660 LI, 8+500-8+650 LD. Se solicitó los recursos necesarios para efectuar estos subdrenajes y no hay info. sobre actividad en este sentido. Orden de iniciar la compra de materiales, asignar el personal y el equipo necesario para la actividad ordenada.			
IR-06-2006	24 de enero de 2006	Es urgente que Elsamex ejecute los trabajos ordenados con antelación, incluyendo cuneta especial y revestir con concreto 8+400-8+640 LD, subdrenaje 8+500-8+650 LD.			
IR-35-2006	9 de marzo de 2006	Se reitera orden de construcción de subdrenajes 0+600-1+200 LD, 4+100-4+400 LI, 6+500+6+600 LI, 8+500-8+650 LD, 12+500-12+580 LI.			No hay precios de subdrenes acordados
IR-123/2006	5 de junio de 2006	Es urgente que se inicie la construcción de bordillos y revestimiento de cunetas con concreto ordenadas antes dada la erosión que han sufrido algunas cunetas con las primeras lluvias.			
IR-123/2006	12 de junio de 2006	Se ordena construir cunetas revestidas con concreto hidráulico en 3+298-3+340 LD y 3+200-3+440 LI con dimensiones iguales a la 1+300-1+800 LI.			
IR-148-2006	12 de julio de 2006	Se reiteran órdenes de obras de protección como cunetas revestidas, bordillos de concreto para la protección hidráulica y muros de mampostería (IR-87/2005, IR-13/2006, IR-37/2006, IR-59/2006, IR-70/2006, IR-103/2006, IR-107/2006, IR-112/2006, IR-114/2006, IR-123/2006 e IR-130/2006).			
IR-162-2006	7 de agosto de 2006	Orden de profundizar cunetas entre 9+500 hasta 26+500 para alejar el nivel freático de las capas de pavimento. En el			

		sitio de la obra se dará la info. pertinente y el trabajo será pagado por excavación común y sobre acarreo.			
Memo de campo	8 de noviembre de 2006	orden de revestimiento de cunetas de 1+835-2+085 LI y 2+375-2+600 LD.	TD-183/06	23 de noviembre de 2006	La cantidad ejecutada de la unidad m ² de enchape de cunetas supera en más del 11% la contratada y por lo tanto Elsamex entiendo finalizada esta actividad.
Orden de Cambio	20 de diciembre de 2006	Cantidades propuestas para unidades de obra	TD-207/06	21 de diciembre de 2006	Manifiesta no estar de acuerdo con los cambios de cantidades planteados para varios ítems, incluyendo enchape de cunetas con concreto y tragantes.
			TD-13/07	12 de febrero de 2007	Se remiten a lo manifestado repetidamente sobre obras de cunetas (i.e. TD-11-07)
24 de abril de 2007		Certificación de SOPTRAVI mediante la cual se da constancia de que todo lo ejecutado ha sido conforme a las instrucciones y especificaciones técnicas.			
Informe Mensuales	abril - septiembre de 2007	SOPTRAVI ordenó disminuir las cantidades de enchape de cunetas y reducir los fondos en otras obras para cubrir la máxima longitud posible en la segunda capa de la carpeta asfáltica.			
Informe Mensual	mayo de 2007	Durante el periodo el contratista ha finalizado el monto contratado del proyecto, está pendiente únicamente realizar la limpieza final, y ciertas reparaciones a las estructuras de mampostería y concreto. Se espera la obtención de recursos adicionales para completar la segunda capa de concreto asfáltico, construir aproximadamente 18,000 M2 de cunetas revestidas con concreto, lo mismo que varios filtros. (...) Es importante que el contratista construya todas las obras de protección ordenadas, como [sic] ser bordillos, cunetas y accesos, con el fin de proteger la inversión realizada y no afectar la durabilidad de la carretera. (pág. 23 del Informe Mensual de Inocsa mayo 2007, Anexo 9-D)			
Informe Mensual	junio 2007	Es necesario ubicar los fondos necesarios para la finalización de la 2da capa de carpeta asfáltica y completar las obras de protección recomendadas para que la vida útil del proyecto sea mucho mayor.	TD-96/07	29 de junio de 2007	Elsamex remite oficio a Inocsa con las necesidades de ejecución de bacheo y subdrenajes en los tramos PK 17+380 al PK 26+621 y del PK 6+329 al PK 48+551 respectivamente. En el lado izquierdo, dirección Tegucigalpa hacen falta 11.124 ML de subdrenajes y en el lado derecho, dirección Danlí, hacen falta 13.080 ML de subdrenajes (ver cuadro con detalle).
			TD-108/07	2 de agosto de 2007	Se adjunta precio de ejecución de la unidad ML de construcción de filtros
RL-83-2007	3 de agosto de 2007	Es de suma importancia instalar los filtros ordenados en el proyecto y se considera que el precio unitario de US\$81,39/metro lineal es muy superior al pagado hasta la fecha por lo que la			

		actividad se continuará cancelando como se ha venido haciendo hasta la fecha TPU.			
Informe Mensual	octubre de 2007	Se construyeron aprox. 14.000 ML de subdrenajes en las siguientes estaciones: 14+637-14+793 LD, 17+451-17+655 LD, 17+500-17+755 LI, 17+580-17+970 LI, 17+974-18+219LI, 19+920-20+120LI, 20+300-20+410LI, 20+591-20+707. Las obras de protección no se incluyeron en la Modificación No. 3 con lo cual no hay precios unitarios acordados para estas actividades. Sin embargo, Inocsa aclara el 30 de octubre que las obras pendientes de ejecutar son las contenidas en la M4 lo que resuelve la situación contractual	TD-157/07	11 de octubre de 2007	Elsamex manifiesta que le sorprende que aduzcan el mal estado del perfilamiento de las cunetas entre las estaciones 17+000-22+000 como causa de los problemas que presenta la Carretera cuando es evidente la presencia de agua abundante subterránea en dicha zona, tal como lo demuestran las fotografías y las inspecciones que hemos realizado en conjunto, a tal grado que comunidades aledañas han construido pozos de abastecimiento de agua a lo largo de las cunetas con el fin de proveerse de líquido durante el año.
RL 118/2007	9 de octubre de 2007	El 4 de julio (RL 67/2007) se ordenó revestimiento de cunetas y el 13 de julio (RL-75/2007) se ordenó construcción de vertederos, filtros y revestimiento de cunetas. El pago para la construcción de los filtros fue reiterado en oficio RL-83/2007 y se le recuerda que éstos se le han venido cancelando como TPU.	TD-154/07	11 de octubre de 2007	La única actividad de las que mencionan, incluida en el contrato, es el revestimiento de cunetas y la longitud ordenada mediante oficio RL 118/2007 no corresponde con las cantidades contratadas, sin que a la fecha se haya firmado una Orden de Cambio con las nuevas cantidades. No se puede revestir cunetas sin efectuar previamente los filtros correspondientes y no hay un precio aprobado por las partes para esta actividad. El hecho de que Inocsa lo pague bajo TPU no implica aceptación de Elsamex.
Notas de bitácora	27 de noviembre de 2007	Se solicita revestir cunetas en los tramos: 1+835 al 2+085 LI, 2+375 al 2+600 LD y 14+637 al 14+793 LD.	TD-210/07	28 de noviembre de 2007	En relación con la nota referente al revestimiento de cunetas, le informamos que en los tramos 1+835 al 2+085 LI y 2+375 al 2+600 LD no existen filtros, por lo que procederemos a ejecutar lo solicitado en el tramo 14+637 al 14+793 LD.
IR-185/2007	3 de diciembre de 2007	Se recuerda la orden de revestimiento de cunetas de 1+835-2+085 LI y 2+375-2+600 LD.	TD-233/07	5 de diciembre de 2007	Respecto a la orden de revestimiento de cunetas, no se puede revestir cunetas sin efectuar previamente los filtros porque ello emporaría la situación actual.
TD-209/2007	20 de diciembre de 2007	Se aclara que las obras no han sido finalizadas por lo cual no se emitirá el CTO.			
			TD-257/07	21 de diciembre de 2007	Elsamex le recuerda a Inocsa que el contrato finalizó el 3 de diciembre e ignora que trabajos quedan pendientes por realizar. Se ha ejecutado todo el presupuesto de las M3y M4.
			TD-004/08	10 de enero de 2008	
RL-18/2008	24 de enero de 2008	Es cierto que ordenamos la construcción de subdrenajes que Elsamex construyó con un año de retraso según consta en oficios IR-75/2005, IR-06/2006 e IR-148/2006, negándose sistemáticamente			

		a realizarlos oportunamente. En lo referente a las cunetas revestidas nuestra recomendación a SOPTRAVI fue por 30.000m ² , las cuales estaban contenidas en la Ordene de Cambio No. 1 y Elsamex se negó a hacerlas (ver TD-207/06, TD-183/06 y TD-11/07). Además el contrato original contemplaba 20.000m ² de cunetas revestidas y Elsamex tampoco ha ejecutado dicha cantidad a la fecha. Resulta evidente que sí se recomendaron las obras de protección necesarias, lo que Elsamex no hizo fue construirlas a tiempo y en las cantidades requeridas.			
Informes Mensuales	enero a junio de 2008	En el resumen Inocsa reporta que SOPTRAVI ordenó disminuir las cantidades de enchape de cunetas y reducir los fondos en otras obras para cubrir la máx. longitud posible con la segunda capa de carpeta asfáltica. En las Conclusiones no se menciona nada sobre construcción de drenaje específicamente			
RL-59/2008	29 abril 2008	Durante la ejecución de los trabajos de la reparación de fallas entre las estaciones 17+100-21+000, el equipo sobre orugas dañó varias cunetas revestidas, construidas recientemente.			
Nota de bitácora	abril de 2008	Se solicita repararlas. Perfilar adecuadamente las estaciones 29+500-33+000 luego de la limpieza. Reparar las demás estructuras de drenaje dañadas por el equipo de Elsamex, según oficio RL-67/2007.			
RL-59/2008	29 abril 2008	Se le recuerda al Contratista que deben repararse los daños causados a las estructuras de concreto.	TD-072/08	mayo 2 de 2008	Durante la próxima semana procederemos a ejecutar los trabajos solicitados de reparación de fallas imputables a nuestra representada por daños a las estructuras de concreto y a retirar el material colocado en las cunetas.
			TD-073/08	mayo 7 de 2008	Elsamex ha finalizado trabajos solicitados de reparación de daños a las estructuras de concreto.
RL-74/2008	23 de junio de 2008	Inocsa insiste que se encuentra pendiente la realización de obras de protección como subdrenajes, revestimientos, vertederos, etc. según lo ordenado en oficios RL-18/2008 e IR-162/2006.			

432. A partir de todo lo anterior, y teniendo en cuenta el análisis inicial en materia de diseño en el cual se observaron las carencias de drenaje en cada tramo y las consecuencias de ello, este Árbitro Único determina que efectivamente el drenaje y subdrenaje fue insuficiente frente a los requerimientos de la Carretera. En adición a lo anterior, se concluye que del expediente probatorio no se desprende un incumplimiento por parte de Elsamex en materia de especificaciones de subdrenajes y cunetas.

iv. ¿Era débil la subrasante? ¿Debió preverse un diseño que atendiera esta circunstancia?

433. Las Partes presentan argumentos totalmente contrapuestos en relación con el estado de la subrasante y su incidencia en las fallas de la Carretera. A continuación se resumen sus posiciones.

1. Posición de Honduras

434. Con base en los Informes de GyP, Honduras considera que la falla que se ha presentado en la capa de rodadura de la Carretera no es producto de tener una condición de subrasante de baja capacidad de soporte, ni tampoco de tener una estructura de pavimento construida con una deficiencia de espesor (Informe de GyP IV). Para GyP la capacidad de soporte de la subrasante a lo largo de todo el proyecto es de excelente calidad, a pesar de los espesores de la estructura. Por lo anterior, la Demandada concluye que la fractura de la capa de rodadura no es producto de un tráfico mayor al diseñado, ni tampoco de tener valores extremadamente bajos de CBR a nivel de subrasante.

435. GyP llegó a esta conclusión con base en los valores obtenidos en noviembre del 2007 por SOPTRAVI mediante la aplicación del método no destructivo del Cono de Penetración Dinámico (D.C.P.), los CBR reportados varían desde un valor mínimo de 8% a un máximo del 100%. Para que se produzca una falla por fatiga, Elsamex ha supuesto valores de CBR de 3%, lo cual da un módulo resiliente de 5,000 lb/pulg², valor éste que por los datos reportados es extremadamente bajo comparado con el real. Además, para que los supuestos valores bajos de CBR causaran fallas en la subrasante, se necesitaría que el número de repeticiones de carga equivalente fuese mayor a 14.512.292, lo cual tampoco ha ocurrido (Honduras, ¶225 y Anexo 42, MDFyRR; ¶89, MCH; Audiencia, Día 2, págs. 304-314).

436. Finalmente, a juicio del Ingeniero Alvarado, si el agua estuviera entrando por las capas inferiores, se generaría cierto tipo de fallas pero no un agrietamiento ni una desintegración como la que se evidencia actualmente (Audiencia, Día 3, pág. 500). Además, GyP considera que la subrasante no es débil porque se encuentra construida en buena longitud, sobre rocas del tipo sedimentario, siendo estas tobas volcánicas (ver Informes de GyP).

2. Posición de Elsamex

437. Por su parte, Elsamex sostiene la tesis de la debilidad de la subrasante²⁵⁴ como potencial causa de las fallas de la Carretera y pone en entredicho las conclusiones de

²⁵⁴ Intevía admite que inicialmente esta teoría se planteó por descarte ya que: (a) si los espesores y calidades de las capas superiores construidas por Elsamex son adecuados, al no haber encontrado defectos de espesores ni de contenidos de betún o densidades, lo único que puede estar fallando son las capas inferiores, que sospechosamente no se han comprobado por GYP; y además (b) siempre que se produce un fallo brusco de una carretera se debe estudiar las condiciones de apoyo y la entrada de agua por ser este uno de los factores que se encuentra con más frecuencia detrás de los comportamientos anómalos. A su juicio, esta teoría tiene asidero en el caso concreto porque el terreno que atraviesa la Carretera en zona de montaña es sustancialmente inestable por la presencia de fallas geológicas, de agua y movimientos de taludes (como prueban los corrimientos de tierra que se producen en esta zona). Precisamente en estas zonas de montaña, con taludes rocosos y pendientes elevadas, la aparición de agua en desmontes y terraplenes es muy frecuente. Entonces, al tener un fallo producido fundamentalmente en zonas de

Honduras.²⁵⁵ Fundándose principalmente en los resultados obtenidos del Informe Lanamme y en el conjunto de observaciones sobre la Carretera, Intevía extrae varias conclusiones.

438. Primero, los resultados de capacidad de soporte (CBR) de Honduras son inconsistentes con los estudios de Lanamme, considerando que: (a) al parecer el apoyo del firme no es sobre roca ya que al menos hay unos 50 cms. de material arcilloso o limo-arcilloso, muy susceptible al agua; (b) Lanamme determinó que la subbase remanente es relativamente débil; (c) los módulos de Lanamme medidos de manera directa o por retro cálculo son muy inferiores a los señalados por GyP²⁵⁶ y (d) el Informe de Lanamme ya había advertido la necesidad de un drenaje eficaz dadas las condiciones de la subrasante. (Informe Intevía IV, págs. 7-8)
439. Segundo, la respuesta de la Administración sugiriendo que la capa subrasante no es débil porque «se localiza en un buen tramo sobre capas constituidas por rocas del tipo sedimentario o por tobas volcánicas» es inadmisibles desde el punto de vista técnico por lo siguiente: (a) Los desmontes en roca son una de las localizaciones más frecuentes de fallos en los pavimentos y ello se debe generalmente a que el pavimento se apoya en capas de subbase y subrasante con gravas o suelos y luego sobre la roca. (b) En los desmontes en roca es muy frecuente que aparezcan aguas procedentes de filtraciones y de fracturas de la propia roca y que ésta acabe entrando en el pavimento e incluso acumulando en la superficie de apoyo, de manera que las capas de subrasante acaban debilitadas por el agua y reblandecidas y el pavimento falla, a pesar de encontrarse sobre zona de roca (Elsamex, Informe Intevía III, pág. 19).
440. Tercero, una de las causas principales confluyentes de los fallos ha sido el saneamiento inadecuado de la Carretera en cuanto a las deformaciones de las capas inferiores por la mala calidad de la subrasante. En particular, Intevía trae a colación que los tramos reparados por Elsamex (del km. 17 al 26, del km. 0 al 4 y del km. 10 al 12), fueron fundamentalmente las zonas de montaña, que es donde más daños ha habido en la Carretera y en donde la base estabilizada colocada estaba deformada, agrietada o con fallas. En su momento se retiraron aprox. 15 cms. de base estabilizada y se llegó a la subrasante (es decir, al suelo que había debajo), se retiró esta subrasante de

montaña (rocosas) y no en zonas llanas, se sugiere que la entrada de agua en el pavimento y su afección al material de apoyo (capas inferiores) es una de las causas fundamentales del fallo. (Informe Intevía III, pág. 23 e Informe Intevía IV, pág. 7).

²⁵⁵ Intevía entiende la posición de GyP para descartar que las fallas hubieren sido causados por debilidad de la subrasante es la siguiente: (i) Los valores de CBR de la subrasante son adecuados. Estos se obtuvieron mediante Penetrómetro Dinámico de Cono (DCP) en 2007, con unas 100 medidas, y arrojaron en su mayoría valores entre 20 y 100 (bastantes del orden de 100), unos pocos entre 15 y 20, y únicamente tres por debajo de 15, es decir, valores muy elevados que indican que la explanada es consistente. (ii) El pavimento se apoya sobre rocas sedimentarias como lutitas y tobas volcánicas. (Informe Intevía IV, págs. 7-8)

²⁵⁶ Intevía recalca que el pavimento a reforzar fue estudiado en su momento por el Informe LANAMME, y en las pruebas de CBR in situ realizadas (13 determinaciones) con catas, penetrando la subrasante hasta profundidades entre 44 y 63 cm, se encontraron limos arcillosos o arcillas de color blanco, rojizo o café, en dos ocasiones sobre mantos rocosos estos últimos en profundidades mayores que las citadas. Los valores de CBR medios de la zona penetrada estaban todos por debajo de 15. Además se encontraron puntos en los que el valor de CBR medio era de 4 ó 5. En ese mismo informe se midieron deflexiones y se retro calculó el módulo de la subbase granular y de la explanada con valores en algunos casos de 70 MPa para la subbase granular y de 60 MPa para la explanada (CBR de 7 y 6 respectivamente). Teniendo en cuenta que, según el método AASHTO, estos valores hay que reducirlos para obtener el módulo ó CBR real, Intevía concluye que desde entonces aparecía una subbase granular débil y susceptible al agua. Adicionalmente se recalca que el Informe Lanamme ya advertía sobre la necesidad de que el drenaje funcionase de manera eficiente. (Informe Intevía IV, págs. 7-8)

aproximadamente un metro, que estaba húmedo, contaminado, probablemente arcilloso y se volvió a colocar, material de calidad (piedra partida), luego se subió hasta a donde estaba la base estabilizada y ahí la base estabilizada que había antes se utilizó a modo también de capa granular para rellenar los 15 cms. En opinión del Ingeniero Ruiz, es imposible saber si este tipo de reparación era necesaria en toda la Carretera sin detectar las zonas blandas adecuadamente (por ejemplo con golpes a deflectómetro de impacto, en contraposición al método que figuraba en las especificaciones de camión cargado), porque no se trataba de una construcción de una carretera nueva sino de una reconstrucción que tenía prevista dejar la carretera antigua, es decir, la subrasante. Al respecto Elsamex concluye que al no medirse adecuadamente las deflexiones, no se sanearon todos los blandones requeridos.²⁵⁷

441. Por todo lo anterior, Elsamex considera que las condiciones de la subrasante han sido un factor influyente en las fallas de la Carretera.

3. Consideraciones del Árbitro Único

442. En opinión de este Árbitro Único, si bien los ensayos de resistencia de la subrasante elaborados por GyP arrojan resultados de CBR adecuados para la subrasante, las pruebas suministradas en el Informe Lanamme sugieren lo contrario. No se encuentra que unos ni otros sean concluyentes sobre el asunto en cuestión. Ahora bien, los tramos de reparación de la base estabilizada sí demostraron claramente que la subrasante reemplazada estaba en muy mal estado, por lo cual, la tesis planteada por el Ingeniero Ruiz tiene mayor peso. Además, el Informe del Dr. Tejada de Septiembre de 2007 indica claramente que en algunos tramos la subrasante requiere refuerzos de subdrenaje. Además, dicho informe explica que, por el tiempo de colocada la subrasante es posible que se haya estabilizado su humedad natural y condiciones de compactación (explicando los valores adecuados de CBR) pero es evidente que el suelo es muy variable con diferentes niveles de plasticidad.²⁵⁸

²⁵⁷ Específicamente, el Ingeniero Ruiz resalta: «Se sanearon las [deformaciones o los blandones] que se pudieron, pero desde mi punto de vista con un procedimiento erróneo como era el que visualmente circulase un camión y viese dónde se deformaba. Hay otros procedimientos con medida de deflexiones en un montón de puntos. Todo se tendría que haber hecho de manera adecuada. Es decir, yo creo sinceramente que no se saneó adecuadamente la Carretera.» (Audiencia, Día 2, págs. 222). Al ser interrogado sobre la parte de la Carretera en la cual aparecían los blandones iniciales y cómo éstos fueron reparados, el Ingeniero Ruiz señala, con base en la información que le proporcionó Elsamex, explicó que se repararon los tramos del km. 17 al 26, el km. 0 al 4 y del km. 10 al 12, fundamentalmente las zonas de montaña (que es donde más daños ha habido en la Carretera), en donde la base estabilizada colocada estaba deformada, agrietada o con fallas. Al respecto, explicó que se retiraron aprox. 15 cms de base estabilizada y se llegó a la subrasante (es decir, al suelo que había debajo), se retiró esta subrasante de aproximadamente un metro, que estaba húmedo, contaminado, probablemente arcilloso y se volvió a colocar, material de calidad (piedra partida), luego se subió hasta a donde estaba la base estabilizada y ahí la base estabilizada que había antes se utilizó a modo también de capa granular para rellenar los 15 cms. En opinión del Ingeniero Ruiz, era imposible saber si este tipo de reparación era necesaria en toda la Carretera sin detectar las zonas blandas adecuadamente (por ejemplo con golpes a deflectómetro de impacto, en contraposición al método que figuraba en las especificaciones de camión cargado), porque no se trataba de una construcción de una carretera nueva sino de una reconstrucción que tenía prevista dejar la carretera antigua, es decir, la subrasante. Finalmente, explicó que, si bien lo ideal hubiese sido levantar toda la carretera, no era posible porque la misma estaba abierta al tráfico. (Audiencia, Día 2, págs. 236-244).

²⁵⁸ El Dr. Tejada advierte que la saturación del suelo, mantenida de forma permanente o durante un período prolongado, puede tener consecuencias drásticas para la estructura. Al respecto indica que se ha detectado una gran variabilidad en los resultados del suelo de la subrasante: (a) en algunos casos se clasifica como A-4, con índice de plasticidad de 6 a 7%; y (b) en otros de A-7-6 y valores de IP superiores a 40%”. De este documento Intevía deduce que en la opinión del Dr. Tejada existen suelos de mala calidad (A-7-6) y necesidad de drenaje y de que los

443. Las pruebas presentadas indican que no se tomaron las medidas preventivas en el diseño de la Carretera para contrarrestar los problemas que podía presentar la edad de la subrasante antigua y corregirlos oportunamente. Teniendo en cuenta los desarrollos tecnológicos actuales para medir los defectos del suelo, el método del camión descrito en las especificaciones y ordenado por Inocsa efectivamente puede haber sido inadecuado, dada la imprecisión del mismo, y es factible que muchos blandones de la subrasante se hayan quedado sin corregir, afectando las condiciones de la Carretera actual. Se concluye entonces que las condiciones de la subrasante sí han influido en la formación de las fallas de la Carretera, aun cuando no sean el factor principal, y que la falta de previsión frente a las mismas es un problema netamente de diseño porque proviene directamente de las especificaciones de la obra y de las órdenes de la Supervisión. Sin perjuicio de lo anterior, todos los actores que apoyan esta tesis (entendiéndose por éstos, Intevía, el Dr. Tejada,²⁵⁹ y Lanamme) coinciden en afirmar que esta dificultad resaltaba la importancia de las obras de subdrenaje. Lo anterior refuerza la conclusión a la que ha llegado este Árbitro con respecto a que los problemas generales del diseño del Proyecto son la causa principal de las fallas de la Carretera.

1.1.3.4. Mantenimiento del derecho de vía, alcantarillas y cunetas

444. Para efectos de practicidad, a continuación se dividirá la discusión sobre limpieza del derecho de vía y estructuras de drenaje en dos etapas separadas, teniendo en cuenta que las implicaciones en uno y otro caso son diferentes: (i) antes de terminar las obras y (ii) después de terminar las mismas.

i. ¿Cuál era la responsabilidad contractual de Elsamex en materia de limpieza del derecho de vía, alcantarillas, cunetas y drenajes durante de las obras? ¿Incumplió Elsamex dicha obligación?

445. Dada la gran cantidad de comunicaciones intercambiada al efecto, con incontables referencias cruzadas y contradicciones, este Árbitro Único expone a continuación un cuadro resumiendo los principales oficios, informes y notas en bitácora en materia de limpieza de alcantarillas y cunetas en orden cronológico y haciendo un paralelo comparativo:²⁶⁰

Comunicaciones, notas e informes enviadas por Inocsa			Respuestas de Elsamex		
Oficio	Fecha	Resumen sobre limpieza de alcantarillas y cunetas	Oficio	Fecha	Resumen sobre limpieza de alcantarillas y cunetas

resultados facilitados por SOPTRAVI no se corresponden con el suelo del cimientado encontrado. Además, señala que las conclusiones del Dr. Tejada fueron tergiversadas en el Informe Técnico de Inocsa en cuanto a este punto al sostener que se había determinado que el suelo era de buena calidad.

²⁵⁹ Por ejemplo, el Dr. Tejada resalta en el contexto de los problemas de la subrasante, la importancia de las obras de drenaje, y plantea la posibilidad de que la Carretera se hubiese visto afectada por: (a) el retardo en la colocación de filtros para la interceptación de aguas subterráneas y (b) la no rectificación o poca limpieza de las cunetas y falta de revestimiento con hormigón, (Elsamex, Apéndice 27, Anexo 11, pág. 11, MD).

²⁶⁰ El cuadro que se incorpora está basado en la tabulación elaborada por Inocsa para resumir los incumplimientos de Elsamex sobre el asunto, la cual fue ajustada o complementada por este Árbitro Único luego de la revisión exhaustiva de cada uno de los oficios correspondientes, y además está complementado con información adicional del expediente proveniente en su mayoría de los Informes Mensuales de Inocsa (Honduras, Anexo 9, MCD).

Informes Mensuales	Octubre de 2006 a febrero de 2007	Se reportan varias cunetas y alcantarillas obstruidas. Inocsa le solicita a Elsamex limpiar o reparar las mismas en los siguientes tramos: 39+140-39+500, 39+532-39+579, y 39+388-39+399. Además reporta que en el km. 34+500 hay material de desecho depositado al lado derecho de la estación. En cuanto al tramo desde 43+000 hasta 50+000, Inocsa le solicita al contratista no depositar material de la excavación de hombros en el área de la cuneta y no botar el material producto del descapote allí. Inocsa le advierte a Elsamex que esto se le descontó de la Est. #22. También le ordena limpiar alcantarillas entre 42+200 a 50+000.			
RL-55/2007	7 de mayo de 2007	Material producto de los trabajos de reciclado de base estabilizada obstruye tragantes y alcantarillas produciendo estancamientos que saturan los materiales de la calzada. Cita cláusula 54.1 del Contrato.	TD - 81/07	9 de mayo de 2007	Es imposible que la presencia de agua en la superficie de la calzada sea debido a las razones que expone Inocsa, siendo la única explicación plausible la existencia de puntos bajos sin posibilidad de desagüe por la presencia del bordillo.
RL-67/2007	4 de julio de 2007.	Antes de iniciar trabajos de mezcla asfáltica entre km 17+200 -26+680, se deberán sanear áreas con filtraciones, construir filtros, cunetas enchapadas y vertederos y limpiar todas las estructuras de drenaje. Se adjunta cuadro donde se deben hacer las reparaciones y limpieza de daños causados por Elsamex a las estructuras de drenaje, y las cunetas ordenadas en su momento para mejorar las condiciones hidráulicas de las mismas (10.011m ²).			
RL-72/2007	13 de julio de 2007	Se reitera solicitud de reparar daños producidos por la obstrucción de las estructuras de drenaje urgentemente en vísperas de la temporada de invierno.			
IR-106/2007	17 de septiembre de 2007	Se advierte que no se tramitará la Est. No. 31 hasta que Elsamex no ejecute las órdenes de limpieza de alcantarillas y cunetas en el Proyecto.	TD - 140/07	20 de septiembre 2007	Elsamex informa que ya ha procedido a realizar la limpieza de todas las alcantarillas.
RL-106/2007	20 de septiembre de 2007	En respuesta al TD-140/07, advierte que no se tramitará la Est. No. 31 hasta que Elsamex no ejecute las órdenes de limpieza de alcantarillas y cunetas a lo largo de los 50 kms del proyecto (se adjuntan fotos km 13-15).			
RL-109/2007	25 de septiembre de 2007		TD-142/07	27 de septiembre de 2007	En la M3 no se contempló partida presupuestal para la realización de trabajos de mantenimiento y limpieza de obras drenaje. Elsamex ha continuado realizando estos trabajos con objeto de evitar el deterioro de los trabajos realizados pero esta obligación contractual terminó el 19 de enero de 2007. Inocsa acude a medidas no

					contempladas en el contrato (como la paralización del trámite de la Est. No. 31) para obligar al Contratista a realizar trabajos ya ejecutados y que no constituyen una obligación contractual de Elsamex. Se solicita proceder a tramitar la Est. No. 31.
RL-110/2007	24 de septiembre de 2007	Se reitera que no se han iniciado las actividades de limpieza de alcantarillas y cunetas a lo largo de los 50 kms.		1 de octubre de 2007	En respuesta al memo de campo del 27 de septiembre, se informa que Elsamex ha procedido de inmediato a ejecutar las instrucciones de Inocsa. No obstante, como no existe un precio contractual para estas actividades, solicita que se proceda a aprobar los siguientes precios unitarios para: - Limpieza de alcantarillas entre KM0+440 y 2+100 → USD\$5.000 -Limpieza de derrumbes → USD\$31,50/m ³
Memo de campo	27 de septiembre de 2007				
RL-111/2007	2 de octubre de 2007	En innumerables ocasiones por medio de bitácora se le ha indicado retirar los cordones de material producto de los trabajos de reciclado de base estabilizada y no se ha cumplido la instrucción. Esto ha ocasionado que el material depositado en la cuneta sea arrastrado hasta los tragantes y alcantarillas obstruyéndolas y produciendo empozamientos que saturan los materiales de la calzada. Cita la cláusula 54.1 para indicar que el Contratista deberá reparar a su costo las pérdidas o daños y perjuicios que sufran las obras o materiales durante la obra y el periodo de responsabilidad por defectos cuando éstas sean ocasionadas por sus propios actos u omisiones. Se advierte que de no realizar los trabajos cualquier daño que sufra la carpeta correrá por cuenta del Contratista.	TD - 148/07	05 de octubre de 2007	Los cordones de material producto de trabajos de reciclado de base estabilizada han sido retirados oportunamente. En todo caso, resulta imposible técnicamente que los fallos de la Carretera se deban a la obstrucción de tragantes y alcantarillas por material granular de tamaño máx. 1/2" depositado en éstas causando saturación de los materiales de la calzada. Sin valoración de los trabajos planteados, los mismos no se iniciarán.
RL-115/2007	5 de octubre de 2007	Se ordena la limpieza de las alcantarillas en las estaciones 16+236, 16+299 y 15+967. Se solicita programa de trabajo que contemple las actividades de limpieza y perfilado de cunetas, y limpieza de alcantarillas con la fecha probable de inicio de las actividades de revestimiento de cunetas y construcción de vertederos ordenados el 4 y 13 de julio de 2007. Se recalca la importancia de la limpieza de las alcantarillas en los primeros 3.5kms.			
RL-116/2007	9 de octubre de 2007	Elsamex no ha enviado un programa de trabajo para realizar las actividades ordenadas (limpieza de cunetas y alcantarillas) cuando esto fue solicitado en reunión del 3 de octubre.	TD - 152/07	11 de octubre de 2007	El pasado 1ero de octubre se sometieron, para la aprobación de Inocsa, los precios de limpieza y, a la fecha, no se ha recibido respuesta. No hay excusa para no tramitar la Est. No. 31.
RL-120/2007	9 de octubre de 2007	Se adjuntan fotografías tomadas en las estaciones 34+700, 35+000 y 36+700 LI demostrando que Elsamex no ha	TD - 155/07	11 de octubre de 2007	Ante la falta de rigor de las afirmaciones de Inocsa, remitirse al oficio TD-148/07.

		limpiado los cordones en el fondo de las cunetas y que la falta de adecuado drenaje ha acelerado el deterioro prematuro en la carpeta asfáltica. Esta actividad estaba incluida en el concepto de base estabilizada con emulsión.			
RL-121/2007	10 de octubre de 2007	Se reiteran las instrucciones transmitidas en RL-115/2007 y se advierte que los problemas que pueda sufrir la Carretera por su mal estado correrán bajo responsabilidad del Contratista.	TD-166/07	22 de octubre	De acuerdo a lo solicitado, se adjunta programa de trabajo de limpieza de alcantarillas y cunetas con un presupuesto total de \$39.955,80.
RL-125/2007	22 de octubre de 2007	No es cierto que Elsamex haya retirado los cordones de las alcantarillas. Se adjuntan fotos que demuestran lo contrario (pero no aparecen en el informe).	TD -168/07	24 de octubre de 2007	Se remiten al oficio TD -155/07.
RL-126/2007	22 de octubre de 2007	La DGC envió un cronograma de actividades de limpieza de cunetas y alcantarillas antes de tramitar la Est. No. 31. Apenas se recibió hoy.	TD -169/07	24 de octubre de 2007	La actividad de limpieza de alcantarillas fue cancelada en su totalidad y no se incluyó presupuesto para esta actividad en la M3.
RL-135/2007	23 de octubre de 2007	Se hacen correcciones al programa de limpieza de alcantarillas y cunetas. Además, con respecto al pago de estas actividades por un monto de \$39.955,80 se aclara que sólo se pagará la limpieza de las alcantarillas y cunetas en sitios donde hay derrumbes o en las ubicadas en la zona urbana del proyecto y las demás deben ser a costo del Contratista. A juicio de Inocsa los residuos de la ejecución de los trabajos de reciclado de base estabilizada con emulsión obstruyeron los tragantes de las alcantarillas. Esa limpieza estaba incorporada en la actividad correspondiente y no será pagada por aparte.	TD -173/07	26 octubre de 2007	En el presupuesto del oficio TD-166/07 se incluyeron las alcantarillas citadas en RL-135/07. El programa no incluye fecha de inicio pero se puede iniciar 2 días hábiles después de firmar ampliación del Contrato. El presupuesto remitido y el programa de trabajo no incluyen limpieza de cunetas ni derrumbes; estas actividades deberían incluirse en ambos. Los cordones fueron retirados oportunamente. No se comparte el criterio relativo al pago de las actividades de limpieza y se remite al presupuesto del TD-166-07. Si hay situaciones puntuales creadas por Elsamex, favor localizar e indicar cuáles.
RL-138/2007	26 de octubre de 2007	Nueva queja por la no ejecución de la limpieza de cunetas obstruidas con material sobrante acumulado en el hombro en varios tramos entre las estaciones km. 41+341 y 49+944. Esto está comprendido bajo las actividades de base estabilizada con emulsión, excavación común, colocación de base triturada y no requiere pago aparte como señala Elsamex. Se recomienda retener el valor de la limpieza de la Est. No. 32.	TD -174/07	1 de noviembre de 2007	Se repite que ya se dio respuesta a la solicitud de limpieza de cunetas y alcantarillas y se está a la espera de la aprobación correspondiente.
RL-144/2007	2 de Noviembre de 2007		TD -182/07	6 noviembre de 2007	Se continúa a la espera de la aprobación del presupuesto remitido en TD-166/07.
IR:161/2007	23 de noviembre de 2007	Elsamex no ha realizado la limpieza de alcantarillas y cunetas. En relación con el presupuesto presentado por Elsamex de \$39.955,80 se reitera lo dispuesto en RL-135/2007.	TD-203/2007 y TD-205/2007	24 de noviembre de 2007	[Aun cuando se citan en la correspondencia, estos oficios no están disponibles en el Informe Mensual correspondiente.]
RL-	27 de	No se han ejecutado todas las	TD-	28 de	No es cierto que Elsamex cuenta

167/2007	noviembre de 2007	actividades de la M4 (salvo concreto asfáltico) ya que a la fecha quedan pendientes de ejecución \$420.000 de las M3y M4.	212/08	noviembre de 2008.	con las unidades de obra pendientes por ejecutar (incluyendo las actividades de limpieza de cunetas y alcantarillas) ni que se comprometió a presentarlas en el programa de trabajo.
RL-169/2007	27 de noviembre de 2007	En vista de su desacato permanente se remite nuevamente a lo contenido en los oficios RL-138/2007 y RL-144/2007.	TD - 214/08	28 de noviembre de 2008.	Respecto al ofrecimiento de la DGC, no se entiende qué significa "incluir esta actividad en la programación de las obras a proyectar en su Est. No 33".
RL-184/2007	3 de diciembre de 2007	En respuesta al oficio TD -214/08 en cuanto al pago de la actividad de limpieza de alcantarillas y cunetas se remite al oficio RL-135/2007.			
IR-03/2008	10 de enero de 2008	Resumen sobre el tipo de fallas observadas en las estaciones 0+440-22+000 (primera y segunda capa), 27+000-32+000 (segunda capa) y 33+000-47+000 (segunda capa) indicando que la situación de éstas se ha empeorado porque Elsamex ha obstruido las alcantarillas y cunetas durante los trabajos realizados y al negarse a limpiarlas sistemáticamente ha causado que el sistema de drenaje no trabaje adecuadamente.	TD - 006/08	10 de enero de 2008.	Elsamex manifiesta su preocupación con respecto a las cuestiones planteadas y a las afirmaciones sobre la calidad de los trabajos sin aportar justificación técnica.
RL-12/2008	16 de enero de 2008.	Elsamex aún no realiza la limpieza de alcantarillas y cunetas solicitada en numerosos oficios. Muy probablemente ésta ha sido la causa principal del deterioro prematuro del pavimento.	TD- 016/08	18 de enero de 2008.	Para poder pronunciarse sobre si la falta de limpieza de las alcantarillas y cunetas muy probablemente ha sido la causa principal del deterioro prematuro del pavimento, se necesita que Inocsa indique a cuál deterioro se refiere. Pero además: (a) la mayoría de los deterioros se han presentado en zonas sin cunetas por lo cual es improbable que ésta sea la causa de los problemas; y (b) si así lo fuera, la responsabilidad es de Inocsa al no haber previsto una partida para esta actividad ni atendido las propuestas de Elsamex (a la fecha no se ha aprobado presupuesto alguno).
RL-22/2008	29 de enero de 2008	Se recalca la importancia de mantener en perfecto funcionamiento todas las estructuras de drenaje en el proyecto ya que muchas se encuentran obstruidas			
Informe Mensual	febrero de 2008 - junio 2008	Resumen indica que el avance del cumplimiento del plan de trabajo en materia de limpieza de derecho de vía, cunetas y alcantarillas es 100% pero en las conclusiones se indica que esta actividad se encuentra pendiente.			
RL-59/2008	29 abril 2008	Se observan mucha alcantarillas y cunetas obstruidas, por lo que el sistema de drenaje no funciona adecuadamente. No hace falta recordarles que les hemos solicitado en innumerables oportunidades la necesidad de realizar estos trabajos.	TD- 072/08	mayo 2 de 2008	Durante la próxima semana procederemos a la limpieza de alcantarillas y cunetas, y a retirar el material colocado en las cunetas.
			TD- 073/08	mayo 7 de 2008	Elsamex ha finalizado las actividades de limpieza de alcantarillas y cunetas, y ha retirado

					el material colocado en éstas.
RL-61/ 2008	8 de mayo de 2008	Desmiente TD-073/ 08. Se remiten al oficio RL/59/2008 y se adjuntan fotografías de cordones en cunetas y alcantarillas en mal estado todavía (est. 35+000 LD y LI, 0+700 LD, 33+000 LI, 32+900 LI, 3+200 LD)			
RL-74/ 2008	23 de junio de 2008	A la fecha no se ha realizado la limpieza debidamente.			

446. Como se puede observar, la disparidad entre las posiciones de las Partes es tal que resulta difícil incluso seguir el hilo conductor de la discusión. De los oficios e informes intercambiados y el conjunto de memoriales y pruebas aportadas se desprende lo siguiente:

447. De un lado, Honduras considera que el Contratista incumplió sus obligaciones de limpieza de cunetas y alcantarillas por dos motivos: (a) su retraso o negación sistemática para cumplir las instrucciones de la Supervisión en materia de limpieza de cunetas y alcantarillas obstruidas por materiales de desecho de otras actividades de construcción²⁶¹ impidió que el sistema de drenaje trabajara adecuadamente y ello a su vez aceleró el deterioro prematuro en la carpeta asfáltica en ciertos tramos²⁶²; y (b) su negativa a seguir las instrucciones impartidas por la Supervisión re la limpieza final de alcantarillas y cunetas del Proyecto, lo cual igualmente empeoró la situación de las fallas Carretera.²⁶³

448. Del otro lado, Elsamex niega rotundamente las dos alegaciones al considerar que (a) retiró todo el material de desecho de la construcción y (b) ejecutó todos los trabajos de limpieza final del Proyecto en relación con los materiales y desperdicios de los que era responsable; pero resalta que no resulta procedente exigir al Contratista la limpieza

²⁶¹ Las reclamaciones se refieren principalmente a material producto de los trabajos de reciclado de base estabilizada con emulsión, excavación común y colocación de base triturada.

²⁶² La alegación se refiere específicamente a las estaciones 0+440-22+000 (primera y segunda capa), 27+000-32+000 (segunda capa) y 33+000-47+000 (segunda capa) (Ver oficio IR-03/ 2008 10 de enero de 2008 en Informe Mensual de Inocsa de enero de 2008 en Honduras, Anexo 9-LL, MCD). Sin embargo, paralelamente se argumenta que estas mismas fallas fueron causadas por un problema en la mezcla asfáltica.

²⁶³ En la lectura de Inocsa del adendum No. 5 de la oferta presentada por el Contratista, se aclaró que Elsamex debía realizar la limpieza de alcantarillas y cunetas al finalizar el Proyecto pero el Contratista hizo caso omiso a las instrucciones de la Supervisión (Ver Informe Específico y Puntual sobre los puntos en controversia con Elsamex enviado por Inocsa el 22 de enero de 2008, pág. 2 en Honduras, Anexo 6, MCD). Concretamente, Honduras argumenta que la Supervisión le reiteró al Contratista en varias oportunidades la necesidad de corregir ciertos defectos y ejecutar las actividades pendientes en la Carretera, entre las cuales se destacaban (Demandante, Doc. 19, SdA):

- a. Limpiar alcantarillas y cunetas: Esto, con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de drenaje. La responsabilidad por el mantenimiento y la limpieza de la Carretera sólo puede trasladarse de Elsamex a SOPTRAVI una vez terminada la obra y recibida a satisfacción, de conformidad con la ley hondureña (Art. 80, LCE), el Contrato (Cláusulas 55 y 56) y la buena práctica de ingeniería, por lo cual el mantenimiento de la Carretera aún continúa bajo la responsabilidad de Elsamex (Demandada, ¶98, MCH; Audiencia, 541:15-22).
- b. Retirar el material colocado en las cunetas y perfilar adecuadamente: Entre las estaciones 29+500 y 33+000 se apreciaba que el material producto de las excavaciones de rehabilitación de hombros ha sido colocado en la cuneta modificando los niveles originales de la misma.

En vista de que Elsamex optó por desconocer las instrucciones de Inocsa en materia de limpieza y reparaciones, la Supervisión se vio obligada a negar la emisión del CTO (Honduras, ¶95 y Anexo 7, MCD; ¶97, MCH) (Elsamex, Docs D-32, D-61, D-64, MD).

ilimitada de todos aquellos desperdicios acumulados en la Carretera²⁶⁴ y ajenos a los trabajos ejecutados y a la Obra realizada por el Contratista, como pretende Honduras (Elsamex, ¶109, ACE). Además, Elsamex rechaza la tesis de que el material acumulado hubiese ocasionado las fallas, y advierte que la presencia de agua en la superficie de la calzada se debe a la existencia de puntos bajos sin posibilidad de desagüe por la presencia del bordillo.

449. Asimismo, las Partes no consiguen llegar a un acuerdo en materia de actividades de limpieza de cunetas y alcantarillas al final de la obra porque Inocsa advirtió que sólo se pagaría la limpieza de éstas si había derrumbes o estaban ubicadas en la zona urbana del Proyecto, pero la limpieza de las demás alcantarillas y cunetas debía correr por cuenta del Contratista (en vista de que la obstrucción de las mismas era imputable a éste).

450. A juicio de este Árbitro Único, de conformidad con las especificaciones técnicas incorporadas en el Documento de Licitación, las cantidades de obra descritas en el Contrato y el adendum No. 5 a la oferta del Contratista, Elsamex tenía la obligación a su cargo de efectuar la limpieza integral de la Carretera en sus distintos elementos al inicio de los trabajos y, luego, al final de éstos, antes de la recepción definitiva del Proyecto. El pago por dicha limpieza se haría por kilómetro ejecutado.²⁶⁵ Nótese que el Contrato no incorporaba expresa y específicamente obligaciones relativas al mantenimiento del derecho de vía, cunetas y alcantarillas durante la ejecución de las obras.

451. Primero, Elsamex efectuó las actividades de limpieza de cunetas y alcantarillas para la entrega del Proyecto en mayo de 2008. No obstante, Inocsa consideró que las mismas no fueron adecuadamente ejecutadas en ciertas zonas de la Carretera. Contrario a lo planteado por la Demandante, el Árbitro Único estima que la actividad de limpieza del derecho de vía, cunetas, alcantarillas y cajas sí comprendía la limpieza de los desechos de los vecinos en el tramo urbano.²⁶⁶ De manera que esta excusa de Elsamex frente a la misma no resulta procedente. El Contratista debió efectuar dicha limpieza, por lo cual la negativa de SOPTRAVI a pagar esta actividad, en lo que corresponde al tramo urbano de la Carretera, fue acertada. Teniendo en cuenta que el valor total de esta actividad era de USD\$25.000 por los 50 kilómetros y dicho tramo representa aproximadamente 5

²⁶⁴ En opinión de Elsamex, la limpieza de todos los desperdicios de los primeros kilómetros del Proyecto que recorren una zona de extrema pobreza sin sistema de alcantarillado público no le corresponde al Contratista.

²⁶⁵ Ver Adendum No. 5, Anexo al Informe Específico y Puntual sobre los puntos en controversia con Elsamex enviado por Inocsa el 22 de enero de 2008 (Honduras, Anexo 6, MCD).

²⁶⁶ Se resalta que la especificación de limpieza descrita comprendía: « (...) la recolección, extracción y remoción de todo tipo de materiales que se encuentren depositados en la sección de cada una de las alcantarillas y cajas del proyecto, independientemente de su dimensión respectiva, incluyendo además la limpieza y remoción de todo material que se encuentre en los canales de entrada y salida de dichas estructuras, todo ello con la intención de asegurar el adecuado y libre tránsito del agua de un lado al otro del camino, alejándolo de éste lo más posible para evitar infiltración a la estructura. La operación de limpieza incluye derrumbes cuyo volumen sea menor a 20m³. » Además se advierte claramente: «Esta actividad será medida y pagada por kilómetro del derecho de vía limpiado de acuerdo a lo establecido en esta especificación. (...) Para este proyecto en particular el contratista deberá considerar que aprox. los primeros 4 kms. consisten de una vía urbana de 4 carriles y que la limpieza especial que deba realizarse en este segmento debe ser asumida, tanto sus alcances, dificultades, forma de trabajo como costos, dentro de los parámetros descritos en esta especificación u otros ítems que el contratista considere aplicables o pertinentes.» (subrayado fuera de texto). Ver Sección 5, Especificaciones Especiales 1.1 y 1.4., págs. 64 y 65, e Información General del Proyecto, pág. 145 del Documento de Licitación (Elsamex, Doc. D-77, MD; Honduras, Anexo 6, MCD).

kilómetros, esto representa USD\$2.500. De manera que efectivamente procedía el no pago o la deducción de la citada cantidad de la Estimación No. 37. Asimismo, Honduras adjuntó fotografías comprobando que la limpieza final de algunas cunetas y alcantarillas fue inadecuada. Dichas fotografías corresponden a 2 kilómetros adicionales en diferentes puntos de la Carretera.²⁶⁷ Elsamex no adjuntó prueba alguna de la época demostrando lo contrario. Por lo anterior, se concluye que también procedía la deducción de 2 kilómetros de actividad equivalente a USD\$1.000.

452. Segundo, trascurrido un tiempo de finalizadas las labores de limpieza del derecho de vía, cunetas y alcantarillas al inicio del Proyecto por parte de Elsamex, Inocsa ordenó realizar la limpieza de residuos de otras actividades de la obra en las cunetas y alcantarillas a lo largo de los 50 kms. de la Carretera por aproximarse el mes de lluvias (según consta en los Informes Mensuales de Inocsa de mayo a septiembre de 2007). En su momento las Partes diferían en cuanto a su interpretación de la naturaleza y forma de pago de esta actividad. Si bien el Contrato no contemplaba de forma expresa y discriminada una obligación de mantenimiento del derecho de vía, cunetas y alcantarillas durante la ejecución de las obras, para Inocsa dicha obligación estaba comprendida en otros ítems contractuales; es decir, en la medida en que la ejecución de los demás ítems del Contrato hubiera generado la exigencia de dicha limpieza, había surgido la correspondiente obligación de mantenimiento a cargo de Elsamex. Esto, a modo de reparación por pérdida, daño o perjuicio sufrido por la obra imputable al Contratista (conforme a la Cláusula 54.1 del Contrato).²⁶⁸ Esta diferencia llevó a la Supervisión a manifestar que no aprobaría la Estimación No. 31 hasta que las actividades de limpieza correspondientes no se realizaran, entendiéndose que las obras no se habían completado sin la misma, y ello, a su vez, condujo a Elsamex a llevar a cabo dicha limpieza en septiembre de 2007.²⁶⁹

453. En opinión de este Árbitro Único, a pesar de que Inocsa no abordó el asunto de conformidad con los procedimientos contractuales dispuestos para el efecto, en últimas, su interpretación era acertada, y entonces el argumento de Honduras se encuentra fundado. Determinar que el pago de este tipo de actividades no contempladas es objeto de compensación, cuando las mismas se hacen necesarias como resultado de la negligencia o descuido del Contratista, resulta contrario a las buenas prácticas de ingeniería, al principio de buena fe y al interés público exigido por la LCE. Además, sería contraria a las Cláusulas 43.3²⁷⁰ y 54.1 del Contrato. Por lo tanto, no procede pago alguno

²⁶⁷ Las fotografías corresponden a las estaciones (1) 35+000 LD y LI, (2) 0+700 LD, (3) 33+000 LI, (4) 32+900 LI y (5) 3+200 LD. No obstante, la tercera y la cuarta estación citadas corresponden al mismo kilómetro y la segunda y la quinta están cubiertas por el tramo inicial ya contabilizado. Por lo anterior, solamente aparece probada la indebida limpieza en para dos kilómetros adicionales. (Ver oficio RL-61/ 2008 del 8 de mayo de 2008 en Honduras, Anexo 6, MCD).

²⁶⁸ En oficios del 2, 9, 23 y 26 de octubre de 2007 Inocsa manifiesta no entender la posición de Elsamex al reclamar el pago de la limpieza separadamente cuando la misma está comprendida en las actividades realizadas de base estabilizada con emulsión (ver cláusula 54.1), excavación común, colocación de base triturada (tratándose de escombros resultantes de dichas actividades) y recomienda a la DGC retener el valor estimado por esta actividad de la Estimación No. 32. (Ver Informe Mensual de Inocsa de Octubre de 2007 en Honduras, Anexo 9-II, MCD).

²⁶⁹ Ver Informes Mensuales de Inocsa desde mayo hasta julio de 2007 inclusive (Honduras, Anexos 9-DD, 9-EE, 9-FF y 9-9HH, MCD).

²⁷⁰ **Cláusula 43 del Contrato. Pagos.** 43.3 El Contratante no pagará los rubros de las Obras para los cuales no se hayan especificado tarifas o precios en la Lista de cantidades y se entenderá que están cubiertos por otras tarifas o precios del Contrato.

a favor del Contratista por la limpieza de residuos que éste haya dejado en la Carretera producto de otras actividades de la obra.

454. En este orden de ideas, Elsamex debe indemnizar a la Administración por el daño que su incumplimiento le ocasionó a la Administración. Si bien Inocsa intentó argumentar en su momento que la negativa de limpieza de alcantarillas y cunetas de Elsamex muy probablemente era la causa principal del deterioro prematuro del pavimento,²⁷¹ la Supervisión y Honduras nunca le dieron un soporte técnico a la citada teoría. Por el contrario, Elsamex argumentó que la tesis planteada por Inocsa era imposible ya que la mayoría de los deterioros de la Carretera se habían presentado en zonas sin cunetas (lo que es cierto), siendo improbable que ésta fuera la causa de los problemas.²⁷² Este Árbitro Único concluye que el único daño acreditado como consecuencia de la omisión del Contratista en la época, es que la Administración se vio obligada a asumir el costo de la respectiva limpieza. En el caso concreto y según las pruebas aportadas, la limpieza pendiente por concepto de residuos de otras actividades estaba ubicada en 4 kilómetros diferentes,²⁷³ lo cual equivale a US\$2.000 adicionales.

455. En conclusión, se encuentra fundado el no pago de US\$5.500 por valor de limpieza final del derecho de vía, cunetas y alcantarillas. En vista de que no se encuentra comprobado que hubiese problemas en la ejecución de la limpieza final del derecho de vía, alcantarillas y cunetas en los otros 43 kilómetros de la Carretera, ni que hubiera residuos en 46 kilómetros de la Carretera, los restantes US\$19.500 cobrados por la actividad de limpieza en mayo de 2007 debieron ser pagados con la Est. 37 y su retención fue indebida.

456. En todo caso, vale la pena aclarar que en opinión de este Árbitro Único el incumplimiento parcial de la obligación de limpieza final a cargo de Elsamex, resulta a todas luces inmaterial, por lo cual no daba lugar a la retención de cantidades mayores a las establecidas antes,²⁷⁴ no encajaba dentro de las causales de rescisión del contrato ni debió dar lugar a la declaratoria del incumplimiento del Contrato para efectos de la ejecución de garantías. Asimismo, tampoco podía retenerse el CTO por este concepto, luego de descontarse el valor del perjuicio.

²⁷¹ Ver por ejemplo el oficio RL-12/ 2008 del 6 de enero de 2008 (Honduras Anexo 6, MCD).

²⁷² Ver TD-016/08 del 18 de enero de 2008 (Honduras, Anexo 6, MCD). Igualmente, Elsamex había resaltado antes que resulta imposible técnicamente que los fallos de la carretera se deban a la obstrucción de tragantes y alcantarillas por material granular de tamaño máx. 1/2" depositado en éstas, causando saturación de los materiales de la calzada (Ver oficio TD -148/07 del 5 de octubre de 2007 en Honduras, Anexo 6, MCD).

²⁷³ Las fotografías corresponden a las mismas cunetas y alcantarillas obstruidas luego de la limpieza final, es decir: (1) 35+000 LD y LI, (2) 0+700 LD, (3) 33+000 LI, (4) 32+900 LI y (5) 3+200 LD. Sin embargo, en este caso el análisis es distinto; se trata de una indemnización por un perjuicio ocasionado y no simplemente el cobro de una actividad que no fue adecuadamente realizada. Por ello, procede una retención adicional, esta vez por el costo de limpiar los kilómetros correspondientes a las mismas: 4 kilómetros (si se tiene en cuenta que la segunda y la tercera estación descritas se encuentran ubicadas en el mismo kilómetro). (Ver oficio RL-61/ 2008 del 8 de mayo de 2008 en Honduras, Anexo 6, MCD).

²⁷⁴ Nótese que a partir de febrero de 2008, el apartado denominado "Conclusiones y Recomendaciones" de los Informes Mensuales de Inocsa a SOPTRAVI, establecía de forma casi invariable las siguientes recomendaciones de carácter imprescindible: (a) no devolverse ningún tipo de retención al Contratista mientras no se recibiera la obra a satisfacción de SOPTRAVI; (b) solicitar al Contratista que reparara a su costo las fallas de la Carretera, debido a las conclusiones de los estudios y ensayos; (c) obligar al Contratista a que procediera a la brevedad posible a realizar la limpieza de alcantarillas y cunetas; y (d) no realizar ningún pago adeudado al Contratista hasta que asegurara la continuidad del mismo en el Proyecto (subrayado fuera del texto).

ii. ¿Cuál era la responsabilidad contractual de las Partes en materia de limpieza del derecho de vía, a alcantarillas, cunetas y drenajes (luego de terminadas las obras o expirado el contrato)? ¿Qué efectos tuvo el indebido mantenimiento luego de expirado el Contrato sobre las fallas de la Carretera?

1. Posición de Elsamex

457. Elsamex argumenta que, según se comprobó con la inspección *in situ*, aun cuando SOPTRAVI hizo algunas reparaciones durante estos años, la Administración parece haber adoptado la posición de que el mantenimiento no quedaba bajo su responsabilidad jurídica hasta que la obra no fuese formal y debidamente entregada a su juicio exclusivo (Elsamex, ¶92, ACE; Conclusión 8, Reportaje Fotográfico Elsamex; Audiencia, Día 3, págs. 496, 498 y 524). El perito de Elsamex explicó durante la Audiencia que, además del mantenimiento indispensable para garantizar el debido funcionamiento de las cunetas y los drenajes, es importante reparar cualquier grieta, bache o deterioro puntual de inmediato con el fin de evitar que se extienda, y ello no se ha hecho en debida forma a lo largo de estos años, dejando la Carretera abandonada al tráfico (Audiencia, Día 2, págs. 224-225 y Día 3, pág. 496).

458. El Contratista considera que desde la fecha de terminación o de inauguración de las obras, la responsabilidad del mantenimiento de la Carretera recae sobre la Administración (Cláusula 56 del Contrato). Incluso si el Árbitro Único considera que la Demandante no completó los trabajos el 20 de abril de 2008, Elsamex sostiene que, la relación jurídica establecida por el Contrato se terminó, a más tardar, en el momento de ejecución de las garantías en noviembre de 2008 (que necesariamente presupone la resolución del Contrato por SOPTRAVI).²⁷⁵ Si bien en la Audiencia Honduras expuso una teoría contraria, argumentando que el Contrato podía continuar vigente, a pesar de la ejecución de las garantías, para Elsamex ello resulta a todas luces incoherente porque no se puede (a) argumentar que el Contrato continúa vigente a la espera de la corrección de los defectos por parte del Contratista y, al mismo tiempo, (b) ejecutar las garantías a modo de sanción al Contratista por su negativa a corregir esos mismos defectos (Elsamex, ¶88, ACE; Audiencia, 557-559 y 563-564). La ejecución de las garantías supuso necesariamente la resolución de hecho del Contrato. En cualquiera de los escenarios posibles (incluyendo el caso en que el Árbitro Único le atribuya cualquier responsabilidad a Elsamex por los problemas de la Carretera), para Elsamex, Honduras es legalmente responsable por el mantenimiento de la Carretera desde el año 2008 (Elsamex, ¶74 y 83-88, ACE; Audiencia, 557-559 y 563-564).²⁷⁶ Por ende, la Administración es responsable por cualquier deterioro de la Carretera desde el 2008, habiendo estado sometida a un uso continuo y estando constantemente expuesta a las condiciones climatológicas propias de la zona (Elsamex, ¶80, ACE).

²⁷⁵ La ley y la doctrina son claras en establecer que para la ejecución de estas garantías, en particular, la garantía de cumplimiento, son condiciones necesarias las siguientes: (i) que se haya resuelto el contrato por incumplimiento del Contratista; y (ii) dicha resolución se hubiere efectuado mediante un acto administrativo en firme (Art. 109 y 128 LCE; Art. 244 y 256, RLCE).

²⁷⁶ Elsamex argumenta que desde el año 2008, la Administración tenía la posesión de hecho de la Carretera y la misma estaba en uso por el público. (Elsamex, ¶80, ACE). En consecuencia, la Administración es responsable por cualquier deterioro de la Carretera a lo largo de estos tres años en los que ha estado sometida a un uso continuo y ha estado constantemente expuesta a las condiciones climatológicas propias de la zona.

459. Asimismo, Elsamex recalca que el deterioro de la Carretera también se ha visto acelerado por la sustancial inestabilidad del terreno sobre el que se asienta como resultado del problema de las fallas geológicas presentes en varios tramos de la Carretera (Elsamex, pág. 25, Informe Intevía II, MD).²⁷⁷ La responsabilidad por estas fallas tampoco recae legal ni contractualmente sobre el Contratista y cualquier detrimento que haya sufrido la Carretera por este concepto debe ser asumido por la Administración.

2. Posición de Honduras

460. Honduras coincide con Elsamex en cuanto a que las fallas de la Carretera han empeorado sustancialmente desde el años 2008 por las condiciones en que se ha mantenido la misma pero difiere en cuanto a la responsabilidad sobre dicha falta de mantenimiento (Honduras, D-29, MCD). Para Honduras la responsabilidad por el mantenimiento y la limpieza de la Carretera sólo podía trasladarse de Elsamex a SOPTRAVI una vez terminada la obra y recibida a satisfacción, de conformidad con la ley hondureña (Art. 80, LCE), el Contrato (Cláusulas 55 y 56 sobre terminación y recepción de las obras) y la buena práctica de ingeniería, por lo cual el mantenimiento de la Carretera aún continúa bajo la responsabilidad de Elsamex. Según señaló el abogado de Honduras durante la Audiencia, en su criterio, para recibir la obra bajo la ley hondureña se tienen que efectuar las correcciones de los defectos y solamente una vez que se ha cumplido con eso, la Administración tiene la obligación de recibir la obra de manera definitiva. Además, se recalca que el Contratante solamente se hace cargo de la zona de las obras y de las obras mismas cuando el Gerente de Obras haya emitido el CTO. El Gerente de Obras a su vez tiene derecho a exigir la corrección de defectos previo a dicha emisión y en vista de que ello no se efectuó, la Administración nunca ha recibido la obra (Audiencia, Día 2, págs. 542-544). Por lo anterior, la obligación del mantenimiento continúa en cabeza del Contratista.

3. Consideraciones del Árbitro Único

461. En criterio de este Árbitro Único es evidente que la falta de mantenimiento y el tráfico continuo y creciente ha empeorado las fallas. Las observaciones de ambos peritos y la inspección *in situ* así lo han comprobado exhaustivamente. Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que la tesis de Honduras sobre el traslado de la obligación de mantenimiento de la Carretera es contraria al derecho, a la buena práctica y a la sana lógica según los argumentos que se explican a continuación.

462. Primero, la Garantía de Cumplimiento del Contrato sólo podía ser ejecutada por la Administración luego de resuelto el contrato por culpa del Contratista (Arts. 253, 255 y 256 del RLCE y Art. 128 de la LCE). Segundo, la resolución del Contrato implica

²⁷⁷ Elsamex recalca que el deterioro de la Carretera se ha visto acelerado por la sustancial inestabilidad del terreno sobre el cual se asienta teniendo en cuenta el problema de fallas geológicas en los recorridos comprendidos entre (a) la estación 0+000 hasta 4+000, (b) la estación 27+140 hasta 31+810, y la estación 4+000 hasta 17+000 (Elsamex, pág. 25, Informe Intevía II, MD). La existencia de dichas fallas geológicas fue identificada y reconocida en el Informe Inicial de Inocsa (es decir, desde noviembre de 2004), en el cual se resaltó que éstas no habían sido previstas en el diseño original y requerían una solución integral y definitiva. Sin embargo, los problemas de presupuesto dificultaron el tratamiento de las fallas geológicas, y en varios casos no se pudo brindarles una solución definitiva. Más adelante se identificaron otras fallas geológicas. Los daños que todas estas fallas geológicas han producido no son responsabilidad de Elsamex. (Elsamex, ¶157-159, MRFyCR).

necesariamente la terminación del mismo (Art. 126 de la LCE). Tercero, como bien lo ha explicado Elsamex, la Administración no puede sancionar al Contratista (ejecutando las Garantías) y a la vez mantenerlo en un limbo jurídico indefinidamente sin dar por terminado el Contrato, cobrándole así los daños alegados mediante alternativas de sanción jurídicas contrapuestas. La Administración tampoco puede imponerle una obligación al Contratista que no está estipulada en el Contrato, como lo sería el mantenimiento de la Carretera, y además sin remuneración alguna. En este orden de ideas, la Administración debió hacerse responsable del mantenimiento de la Carretera a más tardar en la fecha de la ejecución de la Garantía de Cumplimiento. Para efectos de este Laudo la discusión de si debió hacerse cargo antes resulta irrelevante porque no hay pruebas aportadas que demuestren deterioro alguno de la Carretera específicamente entre mayo y septiembre de 2008 por falta de mantenimiento. De manera que, en el mejor escenario para la Administración, a la fecha han transcurrido poco menos de cuatro años desde que la Carretera y su correspondiente mantenimiento están a su cargo.

463. El propio Manual de Carreteras publicado por SOPTRAVI y la DGC, resalta la importancia del mantenimiento de las estructuras de drenaje para su correcto comportamiento y, por ende, para la integridad de la obra vial, indicando que para ello es necesario un adecuado programa de inspección, mantenimiento y reparación de tales obras. Además, dicho manual describe que esta tarea debe realizarse con frecuencia, especialmente (1) antes de la temporada lluviosa (preventivo), (2) después de los eventos de considerable magnitud (lluvias de recurrencia superior a dos años) (correctivo/mejorativo), y (3) según la necesidad (mejorativo).²⁷⁸ Por lo anterior, sorprende que la misma entidad gubernamental que diseñó el citado manual instructivo no hubiere adoptado medidas similares en el caso que nos ocupa. Es indiscutible que la falta de mantenimiento de la Carretera ha acelerado significativamente su deterioro y reducido su vida útil, pero por las razones expuestas, dicho deterioro no puede ser imputable al Contratista.

464. De manera que este Árbitro Único decide que no procede el reclamo genérico de Honduras frente al deterioro de las fallas de la Carretera y su costo deberá ser asumido por la Administración.

1.1.4. Conclusiones sobre la naturaleza de las fallas de la Carretera y el costo estimado de su reparación

465. A continuación se presentará un breve resumen de la posición de las Partes exclusivamente en cuanto al fondo de la Demanda de Reconvención interpuesta por Honduras, sin incluir los detalles fácticos o probatorios que ya han sido discutidos ampliamente en las secciones anteriores. Luego, se expondrán las conclusiones del Árbitro Único sobre la naturaleza de las fallas de la Carretera, su costo estimado de reparación y finalmente, su racionamiento frente al fondo de la Demanda de Reconvención como tal.

a) Posición de Honduras

²⁷⁸ SOPTRAVI, DGC, Manual de Carreteras, Tomo 5, Diciembre de 1996, Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos, Especificaciones Especiales para el Mantenimiento de Carreteras, págs. 62-73.

466. En su Memorial de Contestación a la Demanda, Honduras interpuso una Demanda de Reconvención argumentando que Elsamex incumplió el Contrato: (i) al ejecutar trabajos de mala calidad; y (ii) al negarse a (1) corregir oportunamente los defectos señalados por la Supervisión y (2) a terminar debidamente el Proyecto, todo lo cual conllevó al surgimiento de fallas supremamente graves a lo largo de la Carretera.
467. Honduras considera que los defectos de la Carretera afectan la totalidad de los 50 kms. de Carretera rehabilitados dada la piel de cocodrilo y el agrietamiento generalizado. Por lo anterior, en criterio de la Demandada, la vía requiere una reparación integral que implica la remoción de la carpeta fallada, imprimación y colocación de carpeta, saneo de zonas inestables como baches, etc. El perito de Honduras estima que esta reparación integral tendría un costo aproximado de **USD\$16.545.075**, según los cálculos presentados mediante el documento denominado Presupuesto y Especificaciones ("Informe III de GyP")²⁷⁹ (Honduras, ¶126, MCD).
468. La Demandada alega que estas fallas dan lugar a una indemnización por daños y perjuicios a su favor en vista de que se verá obligada a reparar la Carretera íntegramente. En consecuencia, en su Demanda de Reconvención, Honduras pretende que se emita un laudo condenando a Elsamex al pago del costo estimado de la reparación de la Carretera a favor de Honduras, menos el monto de las Garantías ya ejecutadas, lo que resultaría en **USD\$12.790.766.53** más intereses, costas y gastos del procedimiento a favor de la República de Honduras (Honduras, ¶138 y Anexo 44, MCH).
469. Honduras advierte que la Reconvención se basa en los mismos hechos y fundamentos de derecho expuestos por ésta frente a la Demanda de Elsamex, por lo cual los argumentos descritos a continuación se entienden como complemento de los argumentos discutidos a lo largo de las secciones anteriores (Honduras, ¶123-126, MCD; ¶102, MCH).²⁸⁰
470. Para Honduras el precio del Contrato incluía la ejecución y terminación de las obras según las Especificaciones Especiales, así como la corrección de los defectos de las mismas (Contrato, numeral 3, pág. 2; Honduras, ¶100, MCH). Según las Condiciones del Contrato, el Contratista tenía la obligación de remediar los defectos (Cláusula 35)²⁸¹ o pagar por su remediación (Cláusula 36).²⁸² De conformidad con lo descrito en secciones

²⁷⁹ En este documento se desglosa la cuantificación del costo de la reparación de las fallas (con una descripción del tipo de trabajo, unidad, cantidades, precio unitario y total por ítem, utilizando el mismo método de la Lista de Precios y Cantidades) y se ofrece una descripción detallada de los aspectos en virtud de los cuales se estima que el costo total de la reconstrucción de la Carretera sería USD\$16.545.075,00. (Honduras, ¶229-230 y Anexo 41, MDFyRR).

²⁸⁰ Honduras considera que la Demanda de Reconvención debe ser admitida y cita como precedente el caso de Alex Genin etc. c. Estonia para demostrar que un Estado demandado puede interponer una contra-demanda. (Honduras, ¶127, MCD).

²⁸¹ **Condiciones del Contrato, Cláusula 35 - Corrección de defectos:**

- 35.1 El Gerente de obras notificará al Contratista todos los defectos de que tenga conocimiento antes de que finalice el periodo de responsabilidad por defectos, que se inicia en la fecha de terminación y se define en los Datos del Contrato. El periodo de responsabilidad por defectos se extenderá, si los defectos persisten, hasta el final del último periodo de corrección de defectos.
- 35.2 Cada vez que se notifique un defecto, el Contratista lo corregirá dentro del plazo especificado en la notificación del Gerente de Obras.

²⁸² **Condiciones del Contrato, Cláusula 36 - Defectos no corregidos:**

anteriores, a juicio de Honduras, la Carretera no fue terminada completamente y adolece de defectos serios atribuibles a Elsamex,²⁸³ que no fueron corregidos, por lo cual Honduras argumenta que hay lugar a una indemnización en su favor por el valor de la reparación de dichos defectos.

471. Frente a la defensa de Elsamex, Honduras aclara que las referencias del Contratista a las comunicaciones de la Administración que certificaron el debido cumplimiento, son irrelevantes frente a la realidad actual de la Carretera ya que se emitieron con anterioridad al descubrimiento de los defectos, y además, resultan inconducentes para determinar si Elsamex es o no responsable de la reparación de los mismos (Honduras, ¶225 MDFyRR).
472. En opinión de Honduras, la Administración tiene derecho a reclamar el pago del costo total de las reparaciones (menos lo recibido en virtud de la ejecución de las garantías), sin lugar a limitación alguna (Honduras, ¶102, MCH).
473. Además de los argumentos anteriores, Honduras fundamenta su reclamación con base en dos teorías de derecho civil. La primera teoría implica que, por medio de analogía, aplica la figura del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Según esta teoría, Elsamex debe responder por los vicios ocultos o defectos ocultos que tenga la Carretera (aunque los ignorase), en virtud del deber de saneamiento por vicios ocultos, ya que, de haberlos conocido, el comprador (en este caso Honduras), no hubiera adquirido la cosa o hubiere pagado un precio menor por ella (Honduras, ¶92-93 y Anexo 37, MDFyCC). La segunda teoría, sugiere que la responsabilidad del Contratista debe interpretarse dentro del estándar de diligencia del buen padre de familia aplicable a la "obligación de dar" descrita en el Art. 1094 del Código Civil, por analogía de sus obligaciones a esta figura, con el fin de determinar si el incumplimiento de sus obligaciones fue el resultado de dolo (con intención) o negligencia (simple falta de cuidado). Lo anterior, por cuanto para la Demandada, Elsamex incurrió en un incumplimiento doloso, o al menos, negligente, ya que, conociendo sus obligaciones contractuales, optó por incumplirlas.²⁸⁴

b) Posición de Elsamex

474. Con excepción de algunos temas menores que afectan una pequeña parte de la Carretera, por los que Elsamex no se considera responsable, a juicio de la Demandante la Carretera fue terminada exitosamente. Elsamex alega que Honduras se ha valido de esos temas menores, de carácter excepcional, para (i) negarse a expedir el certificado de terminación de obras, (ii) ejecutar las Garantías, y ahora, (iii) para servir de base de una contra-demanda (Elsamex, ¶416, MRFyCR). Elsamex considera que las fallas de la Carretera no le son imputables por las razones explicadas en detalle en las secciones anteriores.

36.1 Si el Contratista no ha corregido el defecto dentro del plazo especificado en la notificación del Gerente de Obras, este último estimará el precio de la corrección del defecto, que deberá ser pagado por el Contratista.

²⁸³ En criterio de la Demandada, la sola existencia de esos defectos, demuestra, *per se*, que Elsamex ha incumplido además, su obligación contractual de vigilar, mantener o corregir tales defectos.

²⁸⁴ A juicio de Honduras, es precisamente esta actuación dolosa o negligente por parte de Elsamex la que respalda el derecho de Honduras de exigirle el pago de los gastos de reparación con base en lo dispuesto en el artículo 1360 del Código Civil (que dispone que hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios causados, cuando en el incumplimiento de las obligaciones la parte incumplida incurre en dolo, negligencia o mora, o cuando contraviene el tenor de las obligaciones que hubiere incurrido). (Honduras, ¶87, MDFyRR).

475. En opinión de Elsamex, la contra-demanda es discordante frente a los hechos y contraria a los siguientes actos de Honduras y de Inocsa (Elsamex, ¶1415, MRFyCR): (a) certificaciones de cumplimiento de SOPTRAVI;²⁸⁵ (b) oficios e informes de Inocsa;²⁸⁶ (c) actos oficiales;²⁸⁷ y (d) estimaciones de los daños calculadas con anterioridad por la propia Administración.
476. Elsamex argumenta haber demostrado que cumplió con las Especificaciones del Contrato y que no hay defecto en la ejecución del mismo de acuerdo con la definición de "defecto" de la Cláusula 1.1 del Contrato²⁸⁸ (Audiencia, 108-110). Por lo anterior, la Demandante sostiene que no hay responsabilidad contractual alguna que le sea imputable. Asimismo, el Contratista argumenta que no hay base para ningún tipo de responsabilidad extracontractual a su cargo en relación con la etapa precontractual ni la ejecución de los Contratos (Elsamex, ¶189-193, MDR).
477. En el evento en que el Árbitro Único llegase a considerar que algunas de las fallas de la Carretera le son imputables a Elsamex, el Contratista presenta los siguientes argumentos para limitar su responsabilidad:
- a) Los cálculos del Informe de GyP III para estimar los costos de reparación de las fallas en la Carretera no se basan en la realidad y son puramente especulativos,²⁸⁹ y asumen entre otras cosas, que la capa asfáltica de la longitud total de la Carretera debe reemplazarse, cuando la inspección *in situ* demostró que partes sustanciales de la Carretera no tienen problemas y otras sólo tienen problemas menores que podrían ser reparados fácilmente. Además, no resulta razonable que la reparación de los mismos defectos que fue valorada en **USD\$580.000** por la Demandada en junio de 2008,²⁹⁰ ahora es valorada en **USD\$16.545.075** (Elsamex, ¶175, MDR; ¶25-28, ACE). En todo caso, contractualmente se pactó que sería Inocsa quien valoraría la remediación de los defectos y no un perito contratado por la Administración. En suma, Honduras no logró

²⁸⁵ El 4 de diciembre de 2006, SOPTRAVI certificó que, al mes de noviembre de 2006, la ejecución del Proyecto presentaba un avance del 74.42% de las obras comprendidas en los Contratos y su Modificación No. 1 (Elsamex, Doc. D-145, MD). Asimismo, el 23 de mayo de 2007, SOPTRAVI certificó que el Contratista había finalizado todos los trabajos el 3 de mayo de 2007 comprendidos hasta la Modificación No. 2 y que «... la obra se ha ejecutado conforme con las normas y especificaciones vigentes en esta Secretaría, y las particulares del Contrato...» (Elsamex, Doc. -146, MD). Por lo tanto, todos los trabajos objeto de la obra comprendidos en el Contrato original y las dos primeras modificaciones (que representan el 89.34% del Proyecto) fueron debidamente finalizados, en cumplimiento de todas las especificaciones técnicas, sin que el Estado pueda en este arbitraje alegar lo contrario.

²⁸⁶ En el oficio RL-55/2008 de Inocsa a SOPTRAVI de 22 de abril de 2008, se informa que «las obras contenidas en la Modificación No. 5 del contratista concluyeron el día 20 de Abril del año en curso...» (Elsamex, D-161, MRFyCR). El Informe Mensual de Inocsa de abril de 2008, apartado 5.8, reconoce que «... a la fecha han finalizado los trabajos en el Proyecto: avance físico=avance financiero.» El Informe Mensual de Inocsa de mayo de 2008 reconoce en el apartado 3.1.3 lo siguiente: «No hay actividades por ejecutar en el proyecto, únicamente realizar la limpieza de alcantarillas y cunetas, así como solventar ciertas fisuras y fallas tipo piel de cocodrilo entre estaciones 0+440-16+500 y 26+500-32+000».

²⁸⁷ El Presidente de la República inauguró oficialmente la Carretera el 12 de mayo de 2008, lo cual suponía una clara e irrefutable recepción de las Obras por parte de la Administración (Elsamex, Doc. D-151, MD).

²⁸⁸ Defecto: «una parte de las Obras que no haya sido terminada conforme al Contrato».

²⁸⁹ Para el efecto, Elsamex explicó en detalle las inconsistencias de la tabla presentada por el Ing. Alvarado (Audiencia, Día 2, 436-446).

²⁹⁰ Elsamex señala que en la visita conjunta de las Partes a la Carretera en junio de 2008, se estimó que las fallas identificadas por Inocsa afectaban un área de 18.000 m² (aproximadamente un 6% del total de la Carretera), y suponían un costo de USD\$580.000 (Elsamex: ¶160, MRFyCR; Apéndice 27, MD).

satisfacer la carga de la prueba de su pretensión, y la Demanda de Reconvención carece de fundamento financiero (Elsamex, ¶152-155, MDFyRR).

- b) La República de Honduras era responsable del mantenimiento desde el año 2008 y no ha mantenido la Carretera adecuadamente. Por lo tanto, la condición actual de la Carretera no es una consecuencia necesaria de un incumplimiento por parte del Contratista.
- c) Cualquier responsabilidad de Elsamex por incumplimiento se encuentra limitada contractualmente al monto de las Garantías de Fiel Cumplimiento y, legalmente, al coste de reparación de los defectos al momento de recepción de las obras por Honduras en el año 2008 (Elsamex, ¶209-215, MDR).²⁹¹

c) Consideraciones del Árbitro Único

478. Como se describió en mayor detalle en la sección de los Hechos y en el Análisis sobre los problemas de diseño del Proyecto, el trayecto rehabilitado de la Carretera de Tegucigalpa a Ojo de Agua refleja un deterioro o envejecimiento prematuro en algunos tramos de la Carretera, particularmente en los primeros 5 kilómetros de la vía y en las zonas con fallas geológicas. No obstante lo anterior, del análisis global efectuado por el Árbitro Único durante la inspección *in situ*, los Reportajes Fotográficos y las distintas pruebas presentadas por las Partes, se concluye que únicamente alrededor de un 6 a 8% de la Carretera presenta fallas, incluyendo aquéllas indiscutiblemente causadas por inestabilidad geológica, pero la mayor parte de la Carretera se encuentra en buen estado, con un leve desgaste natural considerando el periodo transcurrido desde su rehabilitación.

479. Habiendo analizado las pruebas presentadas y observado la Carretera durante la Inspección, este Árbitro Único se ve obligado a rechazar la validez del Informe de GyP III para efectos de la cuantificación de los daños. Primero, el mismo no se acompaña de un listado de defectos por tipología, medición y ubicación dentro de la obra, lo que dificulta enormemente la tarea tanto de Elsamex para su defensa (según lo alegado por ésta), como la tarea del Árbitro, a fin de examinar adecuadamente el asunto. Segundo, es evidente que las cantidades de obra indicadas en el Informe de GyP III no coinciden con aquéllas referidas en el Informe del Dr. Eduardo Tejeda²⁹² de octubre de 2007²⁹³ y el Informe Técnico de Inocsa de julio de 2008. Tercero, las cantidades de obra sugeridas por GyP tampoco coinciden con las requeridas por el Contrato.²⁹⁴ De manera que la estimación presentada por Honduras no tiene fundamento aceptable desde el punto de vista fáctico, financiero o contractual, por lo cual, a juicio de este Árbitro Único, dicha estimación no puede ser aceptada en el presente caso.

²⁹¹ Para Elsamex, Honduras es responsable por el mantenimiento de la Carretera desde el año 2008 y no la ha mantenido adecuadamente, por lo cual, la condición actual de la Carretera no es consecuencia necesaria de un incumplimiento del Contratista.

²⁹² El Dr. Tejeda es un especialista en pavimentos y emulsiones contratado por Inocsa en septiembre de 2007 para investigar las causas de los problemas detectados en la Carretera, cuyo informe preliminar fue enviado a SOPTRAVI en octubre de 2007 (Elsamex, Apéndice 27, Anexo 11, MD).

²⁹³ Así, por ejemplo, Elsamex recalca que para el tramo comprendido entre el KM 0+000 y el KM 28+000, el Dr. Tejeda había cuantificado en su informe los deterioros en un área de 29.354 m², lo que representa un 15% del área total estimada ahora por GyP (196.000 m²) (Elsamex, ¶228, MDR).

²⁹⁴ Por ejemplo, el cálculo de GyP de la pintura termoplástica es superior al 50% del ejecutado en el Contrato por Elsamex respecto de la pintura termoplástica continua y superior prácticamente al 250% en lo que se refiere a la pintura termoplástica discontinua. Asimismo, GyP utiliza un número de vialetas un 3000% mayor al especificado en el Contrato y precios para ciertas unidades hasta 433% mayores (Elsamex, ¶229, MDR; Audiencia, Día 2, 438-442).

480. En criterio de este Árbitro Único, la reparación de las fallas de la Carretera de ninguna manera implicaría la reparación de la carpeta asfáltica completa de los 50 kilómetros de vía rehabilitada, sino el costo de la reparación puntual de los tramos que presentan fallas, los cuales representan máximo un 8% de la Carretera.
481. Teniendo en cuenta que la Reconvención se basa en los mismos hechos y fundamentos de derecho presentados por Honduras en su defensa a las reclamaciones propuestas por Elsamex, el razonamiento fáctico y jurídico de este Árbitro Único es el mismo expresado en las secciones anteriores. Por consiguiente sólo se recapitularán las consideraciones más relevantes sobre la materia en cuestión.
482. Efectivamente el Contrato contemplaba la obligación a cargo del Contratista de reparar todos los defectos señalados por la Supervisión o de pagar su remediación, según la estimación del Supervisor (Cláusulas 35 y 36). Sin perjuicio de lo anterior, la determinación sobre la existencia y naturaleza de defectos en la obra, así como la cuantificación de su reparación, no podía ser una decisión arbitraria de la Supervisión o Administración. Precisamente para evitar tales situaciones: (a) las Partes previeron un sistema de resolución de controversias cuando el Contratista no estuviese de acuerdo con las decisiones adoptadas por la Supervisión o Dirección (Cláusulas 25 y 26); y además, (b) la Ley contempla ciertos trámites que la Administración debe surtir, incluyendo una investigación para determinar si los problemas identificados son el resultado de defectos de la obra o imprevisión en el diseño de ésta, y con ello, a quién le son imputables los mismos (Art. 79 de la LCE²⁹⁵ y Art. 214 de la RLCE).²⁹⁶
483. En el análisis de la sección de este Laudo denominada "Responsabilidad, naturaleza legal y contractual frente a las fallas de la Carretera" se concluyó que Elsamex es responsable por todos los defectos de la obra que tengan que ver con el incumplimiento de las especificaciones técnicas, las instrucciones de la Supervisión o el Contrato, pero no así por los problemas de la obra que resulten de las imprevisiones del diseño, las cuales son imputables a la Administración.
484. Asimismo, en apartados anteriores de la presente sección "Fallas de la Carretera, causas y responsabilidad de las Partes" se concluyó que las causas más factibles de las

²⁹⁵ **Art. 79 de la LCE.-Investigación de irregularidades.** Cuando hubieren indicios de responsabilidad por defectos o imprevisión imputable a los diseñadores o constructores de una obra, el órgano responsable de la contratación ordenará la investigación correspondiente para los fines consiguientes. La misma medida se tomará cuando hubieren indicios de responsabilidad por culpa o negligencia imputable a los supervisores. La recepción de la obra por la autoridad competente no exime a las personas antes indicadas de responsabilidad por defectos no aparentes. Si el Proyecto lo amerita, podrá exigirse un cuaderno de Bitácora, debiéndose anotar en el mismo, las incidencias que ocurran durante la ejecución de la obra.

²⁹⁶ **Art. 214 del RLCE. Responsabilidad por defectos o imprevisión.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 79 de la Ley, la recepción definitiva de la obra no exime al contratista a cuyo cargo hubiere estado la construcción ni a quienes la hubieren diseñado, en su caso, de la responsabilidad que resulte por defectos o vicios ocultos en la construcción o por imprevisiones en el diseño, según corresponda, mediando negligencia o dolo. Cuando ello se advirtiera, antes o después de la recepción definitiva, el órgano responsable de la contratación ordenará las investigaciones que procedan, oyendo a los respectivos contratistas; si constaren acreditados los hechos determinantes de responsabilidad se comunicará lo procedente a la Procuraduría General de la República, según fuere el caso. En similares circunstancias los organismos de la Administración Descentralizada y los demás organismos a que se refiere el artículo 14 de la Ley, ejercerán las acciones que procedan. La garantía de calidad presentada por el contratista de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley, responderá por sus obligaciones.

fallas de la Carretera son las imprevisiones del diseño y la falta de mantenimiento de la Carretera posterior a la terminación de las obras, ambas no imputables al Contratista. Por lo anterior, no es posible concluir que recaiga responsabilidad alguna a cargo del Contratista para efectos de la reparación de la vía.

485. Para esclarecer cualquier duda al efecto, se aclara nuevamente que las analogías alegadas por Honduras en aras de construir las teorías alternativas o complementarias de responsabilidad referidas en el ¶300 de este Laudo, no tienen cabida en el contexto que nos ocupa ya que las mismas: (a) se basan en normas propias del derecho privado, respecto de las cuales no opera la aplicación supletoria porque hay normas que específicamente tratan la responsabilidad por perjuicios en el derecho administrativo y frente al Contrato en cuestión; y además, (b) provienen de instituciones jurídicas completamente diferentes que no resultan análogas desde ningún punto de vista al contrato de obra pública en cuestión.
486. Con base en lo expuesto, a juicio de este Árbitro Único, no proceden las reclamaciones de Honduras dispuestas en la Demanda de Reconvención. Por consiguiente, no se concede la suma solicitada al efecto.

1.2. Terminación de las Obras y negativa de Honduras a recibir las mismas formalmente

1.2.1. Posición General de las Partes

487. Como se ha mencionado en secciones anteriores y se desglosó en detalle en las secciones de Hechos y Posición de las Partes Sobre el Fondo de la Controversia, las Partes estaban en abierto desacuerdo frente a la terminación y calidad de las obras y su correspondiente recepción, con lo cual su posición frente a la emisión del Certificado de Terminación de Obras (CTO), la tramitación de la Estimación No. 37, la devolución de las retenciones efectuadas a Elsamex y la ejecución de las Garantías contractuales, chocan íntegramente.

a) Elsamex

488. Por un lado, Elsamex considera que la Carretera fue debidamente terminada, cumpliendo con todas las especificaciones contractuales requeridas. No obstante lo anterior, Inocsa incumplió con sus obligaciones contractuales y se negó a emitir el CTO solicitado por Elsamex al finalizar las Obras,²⁹⁷ bajo el pretexto de que Elsamex debía antes llevar a cabo la reparación de ciertas fallas que no son atribuibles a Elsamex y efectuar ciertos trabajos de limpieza gratuitamente cuando éstos no le correspondían a Elsamex. A juicio del Contratista, las imputaciones infundadas de Inocsa en su contra y la correspondiente negativa de la Supervisión a emitir el CTO, sirvieron de fundamento para que SOPTRAVI justificara su actuar al final del Proyecto y, le ocasionaron directa o indirectamente varias consecuencias negativas.
489. Primero, los trabajos ejecutados y cobrados en la Estimación No. 37 no fueron pagados en tanto que Inocsa se negó a tramitar la misma. Segundo, Elsamex se vio obligada a incurrir en costos adicionales como consecuencia del retraso en la emisión del CTO.

²⁹⁷ Ver Cláusula 55.1 del Contrato.

Tercero, las Garantías constituidas fueron ejecutadas indebidamente. Finalmente, las retenciones efectuadas sobre cada pago a lo largo del Contrato a partir de la Modificación No. 3 no le fueron devueltas a Elsamex, creando así una doble garantía de calidad a favor de la Administración que no fue pactada.

490. En conclusión, Elsamex considera que la Administración incurrió en un incumplimiento contractual, no surtió los trámites requeridos y se extralimitó en sus poderes, en detrimento de los derechos del Contratista, y por ello hay lugar a una compensación monetaria por todos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados según lo descrito.

b) Honduras

491. Por el otro lado, todos los argumentos de Honduras sobre la finalización del Proyecto parten del supuesto que las fallas de la Carretera se dieron por defectos de calidad e imprevisiones en el diseño imputables a Elsamex. Al respecto, Honduras recalca que Elsamex era responsable de corregir los defectos de construcción dentro del plazo establecido por el Supervisor, hasta que la Carretera fuera recibida formalmente a satisfacción de la Administración, so pena de una indemnización de daños y perjuicios a favor de SOPTRAVI.

492. A partir de lo anterior, la Demandada interpreta y explica los acontecimientos de la forma que se describe a continuación. Primero, para Honduras, la Carretera no fue debidamente terminada y además presentaba defectos de calidad imputables a Elsamex, los cuales éste se negó a corregir, contrariando las órdenes de la Supervisión. Por lo tanto, es el criterio de la Demandada que Inocsa tenía plena justificación para negarse a tramitar el pago de la Estimación No. 37 y a emitir el CTO y entonces los reclamos correspondientes son improcedentes. Segundo, SOPTRAVI tenía derecho a retener las deducciones hasta que la obra se recibiera satisfactoriamente y, no habiendo acontecido la misma, su devolución era improcedente. Tercero, ante los incumplimientos del Contratista, la Supervisión se vio obligada a emitir el Certificado de Incumplimiento de Obra. Siendo dicho certificado de incumplimiento el único requisito ante el banco para la ejecución de las Garantías, y considerando que la misma era necesaria y justificada (en vista de que estaban por vencerse y para la época el Contratista todavía se negaba a corregir los defectos), para Honduras, dicha ejecución fue acertada, justificada y tramitada en debida forma.

493. Por todo lo anterior, Honduras considera que ninguna de las reclamaciones de Elsamex bajo esta sección tienen fundamento fáctico o legal.

1.2.2. Consideraciones Específicas sobre la Cuestión

494. A fin de analizar los argumentos de las Partes organizadamente con respecto a cada reclamo de Elsamex, esta sección se dividirá en subsecciones en formato pregunta-respuesta, se esbozará la posición de cada parte sobre el asunto concreto y luego se expondrá el análisis de este Árbitro Único en la siguiente sección.

1.2.2.1. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a tramitar y pagar la Est. No. 37²⁹⁸?

a) Posición de Elsamex

495. En opinión de Elsamex, Honduras incumplió sus obligaciones al negarse a tramitar y pagar la Estimación No. 37. Explica la Demandante que el pago de una Estimación por la cantidad de obra ejecutada (en el periodo determinado y a los precios unitarios del Contrato), procede siempre que se acredite su ejecución debidamente al Supervisor, de acuerdo con los Arts. 191 del RLCE y 217 de la LCE, y resalta que en ningún caso depende de la corrección de defectos o trabajos ajenos a la respectiva Estimación. Es más, los trabajos ejecutados y cobrados en la Estimación No. 37 corresponden a las obras contempladas en la Modificación No. 5 y, según fue reconocido por la propia Supervisión, los mismos concluyeron el 20 de abril.²⁹⁹
496. Elsamex considera que la Supervisión no estaba facultada para condicionar la tramitación de una Estimación a la subsanación de supuestos defectos y trabajos pendientes, ajenos a los trabajos objeto de la Estimación en cuestión.³⁰⁰ En consecuencia, en criterio de la Demandante, la Supervisión incumplió la obligación contenida en la Cláusula 42.2 del Contrato al negarse a tramitar la Estimación No. 37 y SOPTRAVI incumplió con sus obligaciones contractuales al no pagar el importe de la misma a favor del Contratista a sabiendas de que la obra cobrada en la misma había sido ejecutada. Además recalca que, con la retención de la totalidad de los importes adeudados al Contratista por los trabajos ejecutados, se le estarían otorgando a la Administración garantías distintas y adicionales a las previstas contractualmente.
497. Finalmente, Elsamex concluye que el importe adeudado por este concepto asciende a **USD\$401.685,78**, incluyendo el reconocimiento de mayores costos. (Elsamex: ¶232-237, MD; ¶257-262, MRFyCR).

b) Posición de Honduras

498. Para Honduras, el argumento de Elsamex refleja un desconocimiento de la condición jurídica de Inocsa como actor principal en la ejecución del Proyecto, pues no se tuvo en cuenta que las órdenes de la Supervisión no eran susceptibles de inobservancia o incumplimiento por parte del Contratista ni de SOPTRAVI, siendo ésta la garantía del Estado de que la obra contratada se ejecutaría en la forma y condiciones establecidas en los instrumentos jurídicos contractuales.
499. Honduras explica que la tramitación para el pago de la Estimación No. 37 se hizo conforme el proceso previamente establecido mediante el cual se pagaron las anteriores 36 estimaciones y, si dicho trámite no se concluyó fue posiblemente por la misma actitud reiterada de la Demandante de negarse a aceptar las decisiones y recomendaciones de la Supervisión para subsanar las causas que le impedían a la Administración efectuar el pago (Honduras: ¶78 y 94 y Anexo 8, MCD).

²⁹⁸ Ésta era el último cobro contractual presentado por Elsamex por los trabajos ejecutados para el Proyecto.

²⁹⁹ Ver oficio RL-55/2008 de Inocsa a SOPTRAVI el 22 de abril de 2008 (Elsamex, Doc. D-161, MRFyCR) y apartado 5.8 del Informe Mensual de Inocsa de abril de 2008 (Honduras, Anexo 9-OO, MCD).

³⁰⁰ Ver oficio RL-83/2008 del 13 de mayo de 2008 de Inocsa a Elsamex (Honduras, Anexo 7, MCD).

500. Honduras concluye que Elsamex estaba obligada a reparar los defectos de acuerdo con lo establecido en el Contrato, lo que implica a su vez, en criterio de la Demandada, que no procedía el pago de la Estimación No. 37 en los términos solicitados y, por consiguiente, debería rechazarse la reclamación de Elsamex (Honduras: ¶174, MDFyRR; ¶130, MCH).

c) Consideraciones del Árbitro Único

501. En el Contrato se pactó que los trabajos serían pagados con base en las cantidades de obra ejecutadas y los precios unitarios fijos convenidos. El procedimiento para los certificados de pago debía ser el siguiente: Primero, el Contratista presentaba la liquidación mensual del valor estimado de los trabajos ejecutados, menos los montos acumulados en certificados anteriores (Cláusula 42.1). Segundo, el Supervisor verificaba la liquidación mensual correspondiente dentro de los 8 días siguientes a su presentación y certificaba los montos que debían pagársele al Contratista (Cláusula 42.2).³⁰¹ Finalmente, el Contratante debía efectuar el pago correspondiente al Contratista dentro de los 60 días siguientes a la fecha de aceptación de la certificación por parte de la DGC (Cláusula 43.1).³⁰² Nótese que en el Contrato, no se prevé compensación o pago de intereses por la mora de la Administración.

502. Ahora, a la luz de la legislación hondureña, frente a este tipo de contratos, la Administración sólo debe tramitar los pagos de las obras ejecutadas, al presentarse la factura o estimación de obra ejecutada correspondiente y el informe de ejecución con indicación del avance de la obra al final de cada periodo, acreditando con detalle las cantidades de la obra ejecutada, de acuerdo con sus distintos conceptos, así como el precio unitario y el precio parcial a pagar (Art. 73 de la LCE y Art. 191³⁰³ p.º segundo del RLCE).³⁰⁴ La documentación presentada debe ser verificada y aprobada por el Supervisor en un plazo máximo de 10 días hábiles. Una vez presentada dicha documentación, el Supervisor deberá: (a) tramitar la estimación para el pago si la documentación resulta

³⁰¹ Nótese que el Supervisor determinaba el valor de los trabajos ejecutados y dicho valor comprendía la valoración de las variaciones y los eventos compensables. El Supervisor podía excluir cualquier rubro incluido en un certificado anterior o reducir la proporción de cualquier rubro que se hubiera certificado anteriormente teniendo en cuenta la información más reciente. (Cláusula 42.3 a 42.6).

³⁰² Los pagos debían ajustarse teniendo en cuenta las deducciones en concepto de anticipos y retenciones. El Contratante no debía pagar los rubros de las Obras para las cuales no se hubiera especificado una tarifa o precio en la Lista de Cantidades, entendiéndose que los mismos estaban cubiertos por otras tarifas o precios del Contrato. (Cláusulas 43.2 y 43.3)

³⁰³ El Art. 191 del RLCE reza lo siguiente sobre Pagos al contratista: «*La Administración pagará al contratista el valor de la obra ejecutada de acuerdo con el precio y las modalidades convenidas, pudiendo ser éstas cualquiera de las previstas en el artículo 73, párrafo segundo de la Ley. Si se pactare el pago de un anticipo se observará lo previsto en el artículo 179 de este Reglamento. Si se hubiere pactado el pago de acuerdo con las cantidades de obra ejecutada y precios unitarios fijos, a los efectos de pago el contratista presentará factura o estimación de obra ejecutada y el informe de ejecución con indicación del avance de la obra al final de cada período, acreditando con detalle las cantidades de la obra ejecutada, de acuerdo con sus distintos conceptos, así como el precio unitario y el precio parcial a pagar; dicha factura o estimación de obra aprobada por el Supervisor designado por la Administración y el informe correspondiente serán requisitos necesarios para el pago. Esta última aprobación también será necesaria si fuera otra la modalidad de pago. Excepcionalmente, cuando la naturaleza de la obra lo permita, se podrá establecer el sistema de pago a precio global o alzado, sin existencia de precios unitarios, o utilizando otra modalidad como costos más honorarios fijos u otras modalidades de pago, quedando sujeto a las condiciones que determine el contrato.*»

³⁰⁴ Dichos pagos parciales o estimaciones periódicas tienen el carácter de "pagos a cuenta" y pueden ser sujetos a rectificaciones y variaciones y, en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las cantidades de obra a las que se refieran. (Art. 192 del RLCE). Ver ORELLANA, E. Op cit, pág. 353, ¶188.

correcta, completa y suficientemente sustentada,³⁰⁵ o de lo contrario, (b) devolver la correspondiente estimación al Contratista para su corrección si la misma no está completa, no es correcta, o no está lo suficientemente sustentada (Art. 193 del RLCE). En el evento en que proceda el pago, y la Administración incurra en demora por causas que le fueren imputables, deberá abonar intereses de acuerdo con lo previsto en los Art. 28 de la LCE y los Arts. 41³⁰⁶ y 193 del RLCE.

503. En el caso que nos ocupa, Elsamex presentó la Estimación No. 37 el 22 de abril de 2008 junto con la documentación requerida ante Inocsa. Al transcurrir el periodo dispuesto para que la Supervisión presentara las objeciones o correcciones al efecto, Elsamex le hizo seguimiento a Inocsa (ver oficio del 7 de mayo de 2008 en Elsamex, Doc. 19, SdA). Inocsa contestó el 11 de junio de 2008 objetando el contenido de la Estimación No. 37 (es decir, 51 días después de presentada la estimación sin ningún tipo de justificación por su retraso).

504. Analizando el fondo del asunto, de los hechos probados y los argumentos presentados por las Partes se desprende que la Supervisión dejó de tramitar la Estimación No. 37, no con base en alguna de las causales contractuales o legales (es decir, que la misma no fuera correcta, completa o no estuviere sustentada), sino como herramienta para obligar al Contratista a corregir ciertas fallas de la Carretera que, a juicio de Inocsa, le eran imputables a Elsamex. Siendo ésta la última estimación presentada durante la ejecución de las obras, la Supervisión y la Administración consideraron que estaba dentro de sus facultades condicionar el pago de la Estimación No. 37. No obstante lo anterior, a juicio de este Árbitro Único, la Estimación No. 37 no fue presentada en calidad de liquidación final del Proyecto, para los efectos descritos en la Cláusula 57.1 del Contrato³⁰⁷ y, en todo caso, las disposiciones contractuales y legales no facultaban a la Supervisión para negarse a emitir el informe correspondiente, ni daban pie para que la Administración se negara a efectuar el pago de la Estimación No. 37 en su integridad.

505. Desde el punto de visto procesal, este Árbitro Único considera que la Administración debió respetar el periodo contractualmente establecido para presentar sus objeciones a la

³⁰⁵ En este caso, la ley dispone que el pago deberá realizarse dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la fecha en que se produzca el informe del Supervisor.

³⁰⁶ El Art. 41 del RLCE reza lo siguiente sobre pagos al contratista: « Los pagos a los contratistas se harán de acuerdo con las modalidades previstas en cada contrato, observando los artículos 28, 73, 91 y 96 de la Ley y los correspondientes de este Reglamento. El pago de intereses a que se refiere el artículo 28 párrafo segundo de la Ley se calculará exclusivamente sobre el monto facturado que se pagara con retraso. Para estos fines, la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones determinará mensualmente, en consulta con el Banco Central de Honduras, la tasa promedio para operaciones activas vigente en el sistema bancario nacional. Deberá hacerse constar en el expediente cualquier acción u omisión del contratista presentando los documentos de cobro en forma incorrecta, incompleta o con demora, o cualquier otra conducta que le fuere imputable y que causare el retraso en los pagos, según dispone el citado artículo 28, párrafo tercero; así mismo deberá hacerse constar cualquier retraso imputable a la Administración».

³⁰⁷ **57. Liquidación Final.**

57.1 El Contratista deberá proporcionar al Gerente de Obras una liquidación detallada en la que consten todos los montos que el Contratista considere que se le adeudan en virtud del Contrato antes del vencimiento del periodo de responsabilidad por defectos. El Gerente de Obras deberá emitir un certificado de responsabilidad por defectos y certificar todo pago final que se adeude al Contratista, dentro de los 56 días de recibida la liquidación, si ésta fuera correcta y estuviera completa. En caso contrario, el Gerente de Obras deberá hacer, en este plazo de 56 días, una lista de correcciones y adiciones que fueran necesarias. Si después de haberse vuelto a presentar la liquidación aún no fuera satisfactoria, el Gerente de Obras decidirá el monto que deberá pagarse al Contratista y emitirá el certificado de pago.

Estimación No. 37 (dentro de los 8 días siguientes a la presentación de la Estimación No. 37, es decir hasta el 30 de abril de 2008 inclusive), sin abusar de sus prerrogativas como en efecto hizo.³⁰⁸ El Árbitro Único estima que, habiendo vencido el periodo previsto contractualmente para la verificación de la estimación respectiva, sin que la Supervisión se hubiera pronunciado al efecto, resulta razonable considerar que la Estimación No. 37 fue aprobada tácitamente por la Supervisión en la fecha de expiración del plazo correspondiente. A juicio de este Árbitro, la Administración renunció voluntariamente a su derecho de negar la aprobación o instruir la corrección de la Estimación No. 37, pues no sería viable aceptar la extensión unilateral e injustificada del periodo contractual de 8 días a los 51 días que efectivamente se tomó la Supervisión para contestar, sin romper el equilibrio económico-financiero del Contrato en cuestión.

506. A pesar de que el lenguaje del Contrato es ambiguo frente al asunto, este Árbitro determina que la Dirección no contaba con un periodo adicional para la verificación de las estimaciones, puesto que: (i) dicho periodo no se define en el Contrato; (ii) no es razonable otorgar un periodo indefinido de verificación y aprobación a favor una de las partes, permitiéndole así suspender o condicionar indeterminada e ilimitadamente los derechos de la otra parte del Contrato, sin que esto constituya un exceso de la Administración y una vulneración del equilibrio económico-financiero del Contrato; y además, (iii) la LCE y el correspondiente RLCE tampoco conceden un periodo adicional a favor de la Administración para el efecto más allá de aquél establecido para la verificación por parte de la Supervisión. De manera que, el Árbitro Único concluye que se agotó la oportunidad de la Administración de objetar la estimación aquí analizada cuando prescribió la oportunidad de la Supervisión para ello, y que, por lo tanto, la Dirección debió tramitar el pago de la Estimación No. 37, dentro de los 60 días siguientes a dicho vencimiento (Cláusula 43.1 del Contrato).

507. En conclusión, a partir del 1ero de mayo de 2008 (es decir, el día siguiente al vencimiento del periodo de los 8 días citado supra) surgió la obligación de la

³⁰⁸ Ante la reclamación de Elsamex porque Inocsa se negaba a tramitar la Estimación No. 37, SOPTRAVI apoyó a la Supervisión e insistió que no procedía el pago de la misma. Además, SOPTRAVI señaló que Elsamex (en virtud de la Cláusula 42 del Contrato) debía deducir del certificado de pago los siguientes costos:

1. USD\$25,000 por limpieza final del Proyecto que Elsamex no está dispuesta a realizar;
2. Diferencia de precios de la reutilización de material base estabilizada, porque el precio fue acordado y no cuenta con autorización de la DGC para la implementación del aumento de precio;
3. Intereses de mora por la demora en los pagos de estimaciones solicitadas en periodo sin contrato;
4. Costos de standby de personal y equipos entre el 4 de diciembre y el 26 de febrero porque dicha paralización fue unilateralmente decidida por Elsamex demorando la fecha de entrega y causando perjuicios a SOPTRAVI, mientras se negaba a suscribir la Modificación No. 5;
5. Reclamos por cantidades adeudadas por las Modificaciones 1 a 5, por cuanto SOPTRAVI no se ha pronunciado al respecto de dichos pagos;
6. Tramos de base estabilizada con emulsión que comprenden 2.343,17 m³ allí (relacionados) por un costo total de USD\$249.423,51 ya que los mismos no cumplen con las especificaciones aprobadas por esta Supervisión; y
7. Por instrucciones de la DGC, las reparaciones realizadas sobre la primera capa de concreto asfáltico entre las estaciones 17+000 y 22+300 deben ser asumidas por el Contratista, como responsable de estos defectos, y en vista de que los fondos incluidos en la estimación no eran suficientes para amortizar este monto (sólo hay USD\$967.702,41 para cubrir 1.351.803,66) la diferencia podría ser cubierta por SOPTRAVI con las garantías. (Ver oficio del 11 de junio de 2008 de SOPTRAVI en el Informe Mensual de Inocsa de junio de 2008). Sin embargo, Elsamex rechazó plenamente el fundamento de cada una de las instrucciones de SOPTRAVI, y recalco que las mismas eran extemporáneas por cuanto el periodo de revisión era de 8 días en lugar de los 51 días que Inocsa se había tomado (ver oficio del 17 de junio de 2008 en Elsamex, Doc-20, SdA). Además, SOPTRAVI no permitió que se surtiera el procedimiento de resolución de controversias previsto en el Contrato.

Administración de efectuar el pago correspondiente, respecto al cual tenía un plazo hasta el 29 de junio de 2008 inclusive. Vencido el plazo antedicho sin que se hubiera efectuado pago alguno por este concepto, no queda más remedio que concluir que la Administración incurrió en mora de pago desde el 30 de junio de 2008.

1.2.2.2. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a emitir el Certificado de Terminación de Obras? ¿Causó el retraso de la emisión del CTO perjuicios injustificados al Contratista que da lugar a compensación a favor de Elsamex?

a) Posición de Elsamex

508. Elsamex considera que las obras fueron debidamente terminadas el 20 de abril de 2008 de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas y, por lo tanto, desde entonces debió expedirse el Certificado de Terminación de Obras. No obstante lo anterior, la Demandada se negó a emitir el CTO solicitado por Elsamex con respecto a las obras que fueron debidamente ejecutadas y completamente terminadas por el Contratista, y recibidas por parte de la Administración en la inauguración oficial de la Carretera para efectos de la Cláusula 56 de los Contratos. A juicio de Elsamex, dicha negativa supone una violación de la Cláusula 55.1 del Contrato y constituye un evento compensable de acuerdo con la Cláusula 44.1(k) del Contrato (Elsamex, ¶¶153 y ¶¶157, MRFyCR). Elsamex basa su posición principalmente en los argumentos que se esgrimen a continuación.

509. Primero, los 50 kilómetros iniciales de la Carretera, que llegan hasta Ojo de Agua, han sido completamente rehabilitados por Elsamex. La Carretera siempre ha estado abierta al uso público, tanto durante los trabajos de rehabilitación como desde su terminación el 20 de abril de 2008, y es una de las más transitadas diariamente en el país.

510. Segundo, la inauguración oficial de la Carretera el 12 de mayo de 2008 por parte del Presidente de la República de Honduras supone una clara e irrefutable recepción de las obras por parte de la Administración (Elsamex: ¶¶153, MRFyCR; Doc. D-151, MD).

511. Tercero, para la época de la terminación de las obras, SOPTRAVI ya había expedido una certificación en la que hacía constar que las obras objeto del Proyecto hasta la Modificación No. 2 inclusive fueron ejecutadas y terminadas por parte de Elsamex según las especificaciones técnicas, y que el 100% del avance financiero era equivalente al 100% de las obras ejecutadas. Esto representa a su vez una admisión jurídica sobre la terminación adecuada de más del 90% del Proyecto en términos de fondos.³⁰⁹

³⁰⁹ Elsamex argumenta que el Certificado de SOPTRAVI del 23 de mayo de 2007 «supone una clara afirmación por parte de SOPTRAVI, en nombre de la República de Honduras, de que las obras hasta la Modificación No. 2, es decir, el 89,34 % del Proyecto, fueron debidamente terminadas por parte del Contratista de acuerdo con las especificaciones técnicas del Contrato» (Elsamex: ¶¶203, ACE; ¶¶254-255, MRFyCR; D-146, MD). Si bien Elsamex admite que el susodicho certificado se emitió antes de efectuarse las Modificaciones No. 3 a 5, resalta que éstas fueron suscritas para incorporar trabajos adicionales que no alcanzaron a ser cubiertos por el presupuesto inicial (representativas de un porcentaje menor del Proyecto de Rehabilitación teniendo en cuenta que con la Modificación No. 5 el monto total del Contrato sólo ascendió a USD\$21.000.941,60).

512. Cuarto, en relación con las obras incorporadas más adelante en las Modificaciones No. 3, 4 y 5, Elsamex señala que el propio Inocsa informó a SOPTRAVI en su momento que las Obras contenidas hasta la Modificación No. 5 inclusive concluyeron el 20 de abril de 2011 y manifiestamente solicitó presupuesto adicional para elaborar los informes finales requeridos para el cierre del Proyecto (Elsamex: Doc. D-161, MRFyCR).³¹⁰
513. Quinto, a lo largo de todo el Proyecto, la Supervisión y el Contratista hicieron pruebas técnicas y de control constante según las especificaciones técnicas del Contrato, y de conformidad con las instrucciones de Inocsa, sin que de las mismas se pueda establecer incumplimiento alguno por parte de Elsamex tal y como se demostró en secciones anteriores.
514. Elsamex reclama perjuicios por valor de **USD\$1.898.540,72** (hasta agosto de 2010) por concepto de retraso de la emisión del CTO.

b) Posición de Honduras

515. La argumentación de Honduras frente a este reclamo parte del mismo presupuesto de la Reconvención, según el cual las fallas de la Carretera eran imputables a Elsamex, por lo cual considera que era obligación de Elsamex reparar todos los defectos en sus obras a su propio costo (Honduras, ¶175, MDFyRR; ¶131, MCH). Honduras recalca que, para que pudiera considerarse terminado el Contrato y emitirse el CTO, la Supervisión le reiteró al Contratista en varias oportunidades la necesidad de corregir ciertos defectos³¹¹ y ejecutar las actividades pendientes en la Carretera,³¹² pero Elsamex optó por desconocer

³¹⁰ Asimismo, Elsamex recalca que en el apartado 5.8 del Informe Mensual de Inocsa a SOPTRAVI de abril de 2008, la Supervisión expresamente señaló que los trabajos habían finalizado, y también concluyó que para la fecha el avance físico del Proyecto era igual al avance financiero (Honduras, Anexo 9-OO, MDC).

³¹¹ La preocupación por los defectos prematuros de la Carretera consta en las notas de bitácora del 19 de diciembre de 2007 y del 11 de enero de 2008, así como en varios oficios del 17 de diciembre de 2007, y 10 y 16 de enero de 2008. En estos oficios, Inocsa señaló que hubo deficiencias en los ensayos de campo realizados por Inocsa y SOPTRAVI, y le exigió al Contratista una explicación, recordándole que era responsable de la calidad de las obras. Entre otros motivos, Inocsa sugirió que era probable que los agrietamientos hubieran sido causados por la falta de mantenimiento de Elsamex, ya que no había limpiado las alcantarillas y ello podría haber afectado el sistema de drenaje (Elsamex, Doc. 18, SdA; Doc-61, MD). Igualmente, a partir de febrero de 2008, el apartado denominado "Conclusiones y Recomendaciones" de los Informes Mensuales de Inocsa a SOPTRAVI, establecía de forma casi invariable que era imprescindible que SOPTRAVI tomase en consideración ciertas recomendaciones, incluyendo que: (a) no devolverse ningún tipo de retención al Contratista mientras no se recibiera la obra a satisfacción de SOPTRAVI; (b) solicitar al Contratista que reparara a su costo las fallas de la Carretera, debido a las conclusiones de los estudios y ensayos; (c) obligar al Contratista a que procediera a la brevedad posible a realizar la limpieza de alcantarillas y cunetas; y (d) no realizar ningún pago adeudado al Contratista hasta que asegurara la continuidad del mismo en el Proyecto.

³¹¹ Si bien Honduras argumenta que la responsabilidad por el mantenimiento y la limpieza de la Carretera sólo podía trasladarse de Elsamex a SOPTRAVI una vez terminada la obra y recibida a satisfacción y por el mantenimiento de la Carretera aún continuaba bajo la responsabilidad de Elsamex, por las razones expresadas en la sección denominada "Mantenimiento del derecho de vía, alcantarillas y cunetas" de este Laudo, este Árbitro concluyó que este argumento no es procedente.

³¹² Como se mencionó en secciones anteriores, entre las actividades pendientes resaltadas por Inocsa se destacaban: (a) la limpieza de las alcantarillas para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de drenaje; (b) la reparación de las fallas piel de cocodrilo en la segunda capa entre las estaciones 0+400 y 16+000; (c) la reparación de cunetas revestidas que fueron dañadas durante la ejecución de los trabajos de reparación de fallas entre las estaciones 17+000 y 21+000 por el equipo sobre orugas; (d) el retiro del material colocado en las cunetas y perfilamiento adecuado entre las estaciones 29+500 y 33+000 según niveles originales de las cunetas; (e)

las instrucciones de Inocsa (Honduras, ¶95 y Anexo 7, MCD; ¶97, MCH). Como se ha comentado extensamente, a juicio de Honduras, Elsamex no entregó las obras terminadas y conforme a las especificaciones requeridas, por lo cual la Supervisión tenía plena justificación para negarse a emitir el CTO y en su lugar emitir un certificado de incumplimiento (Honduras, ¶95 y Anexo 7, MCD).³¹³ Honduras concluye entonces que la negativa a emitir el CTO por parte de Inocsa fue fundada y además existía justa causa para emitir el Certificado de Incumplimiento correspondiente. Además, Honduras rechaza los argumentos y pruebas presentadas por Elsamex frente a este reclamo concreto según se describe a continuación.

516. Primero, en criterio de Honduras, tanto Inocsa como SOPTRAVI le dieron la oportunidad a Elsamex de demostrar que los defectos no eran responsabilidad suya, pero el Contratista nunca probó exitosamente otra causa que no resultara imputable a la calidad de la obra.³¹⁴ Segundo, el Contratista no puede valerse de un "acto de relaciones públicas" como la inauguración de la Carretera por parte del Presidente el 12 de mayo de 2008, para dar por terminada la obra sin un acta de recepción final (Honduras, ¶198, MDFyRR; ¶124, MCH). Tercero, lo expresado por SOPTRAVI en la carta del 24 de abril de 2007 fue solamente una representación informal, y no puede tener efectos más allá de eso, teniendo en cuenta que ocurrió (i) antes de la emisión del CTO dispuesto en la Cláusula 55.1 y (ii) antes del descubrimiento de los defectos en las obras de Elsamex (Honduras, ¶192-196, MDFyRR). Finalmente, Elsamex desconoció la condición jurídica de SOPTRAVI como actor principal en la ejecución del Proyecto, así como el hecho de que SOPTRAVI no podía rechazar las atribuciones de Inocsa, ni incumplir sus recomendaciones, por cuanto la labor de la Supervisión era la garantía para el Estado de que la obra contratada se ejecutara en la forma y condiciones establecidas en los instrumentos jurídicos contractuales (Honduras, ¶78, MCD).

517. En conclusión, bajo la óptica de Honduras, el actuar de Inocsa y la Administración se ajustó al Contrato y a la ley y, en consecuencia, no procede el reclamo de Elsamex en materia de perjuicios por el retraso en la emisión del CTO.

c) Consideraciones del Árbitro Único

518. Desde el punto de vista contractual, el análisis de este Árbitro Único sobre el punto en cuestión es el siguiente. El Contrato definía la "fecha de terminación" como la fecha de terminación de Obras, certificada por el Gerente de Obras de acuerdo con la Cláusula 55.1 del Contrato (ver Cláusula 1 del Contrato). Según dicha Cláusula 55.1, una vez el Contratista determinara que las obras objeto del Contrato habían sido terminadas, éste debía solicitar al Supervisor la emisión de un dictamen (denominado CTO). El Supervisor tenía la obligación de emitir el CTO cuando decidiera que las obras habían sido terminadas,³¹⁵ dentro de cierto grado de razonabilidad, pues la demora del Supervisor

reparaciones varias en las estructuras de drenajes construidas y existentes dados los daños causados por el equipo de Elsamex, según se informó en oficio RL-67/2007; y (f) la limpieza completa del Proyecto (Elsamex: Doc. 19, SdA; Doc. D-57, MCEJ).

³¹³ Ver oficio RL-59/2008 de la Supervisión en Honduras, Anexo 7, MCD.

³¹⁴ Por ejemplo, el 13 de mayo de 2008 Inocsa le solicitó a Elsamex enviar los ensayos realizados a cada uno de los materiales que componían la estructura del pavimento y demostrar que las fallas en la estructura del pavimento (base estabilizada, carpeta asfáltica y subrasante) no eran de su responsabilidad, o de lo contrario, debía proceder a repararlas a su propio costo. (Elsamex, Doc. D-57, MD).

³¹⁵ La Cláusula 55.1 de las Condiciones del Contrato establece que "el Contratista solicitará al Gerente de Obras que emita un certificado de terminación de las Obras y el Gerente de Obras lo emitirá cuando decida que las Obras están

para emitir dicho CTO, más allá de lo razonable, constituía un evento compensable (Cláusula 44.1(k) del Contrato). Dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se emitiera el CTO, el contratante debía hacerse cargo de la zona de las obras y de las obras mismas (Cláusula 56). A partir de entonces iniciaría a correr el periodo de responsabilidad por defectos por 365 días, durante el cual el Supervisor debía notificar al Contratista de cualesquier defectos que encontrase y éste a su vez quedaba obligado a corregir los mismos dentro del plazo especificado en la respectiva notificación (Cláusula 35 y referencia a la misma en los Datos del Contrato). Trascurrido el plazo especificado en la notificación del Supervisor para la corrección de los defectos sin que los mismos se hubieran corregido, el Supervisor estimaría el precio de su corrección y éste debía ser pagado por el Contratista (Cláusula 36.1). Antes del vencimiento del periodo de responsabilidad por defectos, el Contratista debía proporcionar una liquidación final detallada en la que constaran todos los montos adeudados al Contratista. Dentro de los 56 días de recibida aquélla, el Supervisor debía emitir: (i) el certificado de responsabilidad por defectos y, además, (ii) (a) un certificado de todo pago, si la liquidación final fuere correcta y estuviere completa; o (b) una lista con las correcciones o adiciones que fueren necesarias, si fuere del caso. Si después de vuelta a presentar la liquidación final, ésta aún no fuere satisfactoria, el Supervisor decidiría el monto que debía pagarse al Contratista y emitiría el certificado de pago correspondiente (Cláusula 57.1). Ante cualquier diferencia debían operar las Cláusulas de Controversias.

519. La Ley, por su parte, regula el asunto de la terminación y recepción de las obras con mayor grado de extensión, incorporando ciertos procedimientos detallados para evitar abusos de la Administración, según se explica a continuación.

520. Primero, terminada sustancialmente la obra,³¹⁶ a requerimiento del Contratista, la Administración debe recibir provisionalmente la obra, previo informe del Supervisor designado.³¹⁷ Si luego de efectuar una inspección preliminar: (a) se comprueba que las obras se hallan en estado de ser recibidas, ello se debe consignar en un acta suscrita por los representantes designados del contratante, supervisor y contratista; o (b) se concluye que es necesario efectuar correcciones por defectos o detalles pendientes, se le darán instrucciones precisas al contratista para que, a su costo, proceda a reparar o terminar las obras de acuerdo con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales, dentro del plazo que se señale para el efecto (Art. 208 del RLCE). En el segundo evento, el contratista debe efectuar las correcciones a su costo y conforme a las instrucciones que imparta el órgano responsable de la contratación (Art. 80 LCE).

521. Segundo, cumplida la fase anterior, dentro del plazo señalado en el contrato y cuando las obras se encuentren en estado de ser recibidas en forma definitiva, la Administración debe proceder a efectuar las comprobaciones y revisiones finales. Si procede, previo dictamen del Supervisor, se debe recibir definitivamente la obra mediante acta suscrita por un representante del órgano responsable de la contratación, el supervisor y el contratista (Arts. 80 de la LCE y 209 del RLCE).

terminadas". A su vez, la cláusula 1.1 define *fecha de terminación* como "la fecha de terminación de las Obras, certificada por el Gerente de Obras de acuerdo con la sub cláusula 55.1 de estas Condiciones del Contrato."

³¹⁶ La terminación sustancial significa la conclusión de la obra de acuerdo con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales, de manera que, luego de las comprobaciones que procedan, pueda ser recibida definitivamente y puesta en servicio, atendiendo su finalidad.

³¹⁷ Este Árbitro Único entiende que el informe referido equivale al dictamen o CTO al que se refiere el Contrato.

522. Tercero, inmediatamente después de la recepción definitiva, el contratista debe constituir una garantía de calidad a favor de la Administración, según lo dispuesto en el Art. 104 de la LCE, cuando así lo dispone el contrato. A partir de entonces comienza a correr el periodo de responsabilidad por defectos pactado contractualmente.

523. A partir de lo expuesto se determina que el análisis puramente contractual difiere del legal.

524. Desde la óptica del Contrato, se comprobó que el Supervisor no consideró terminadas las obras ni corregidos los defectos, entonces no emitió el CTO previsto en el Contrato. Como se describió en detalle en la Sección de los Hechos, inicialmente el Supervisor condicionó la emisión del CTO a la corrección de ciertos defectos existentes a su criterio y, luego Inocsa determinó que, como consecuencia del incumplimiento grave y reiterado del Contratista, que daba lugar a la rescisión del Contrato, entonces procedía la emisión del certificado de incumplimiento correspondiente.³¹⁸ El Contratista manifestó su desacuerdo con la decisión adoptada por el Supervisor en repetidas ocasiones (argumentando que las fallas de la Carretera no le eran imputables ni se debían a defectos de construcción) e intentó activar el procedimiento de resolución de controversias dispuesto en el Contrato. Para el efecto, Elsamex sometió dicha decisión a la revisión de la Administración pero SOPTRAVI se negó a adoptar una decisión al respecto inicialmente. Luego de ratificar la decisión de Inocsa y, aún cuando persistió la controversia, SOPTRAVI también se negó a designar de mutuo acuerdo con Elsamex (a) una nueva autoridad nominadora para sustituir la designada contractualmente o (b) un Conciliador, cuando las circunstancias lo exigieron (Cláusulas 24.1 y 25).³¹⁹ De manera que, a juicio de este Árbitro Único, la Administración obstaculizó el derecho de defensa contractualmente convenido a favor del Contratista e impidió que surtiera el procedimiento de conciliación previsto por las Partes. Evidentemente, no se puede considerar que la negativa a emitir el CTO y la consecuente emisión del certificado de incumplimiento en este contexto resultan aceptables contractualmente y, por el contrario, reflejan un comportamiento abusivo por parte de la Administración.

525. Desde la óptica legal, la Carretera no fue recibida provisional ni definitivamente, según la descripción normativa, sin embargo, posiblemente se configuró una recepción parcial *de facto* (al menos hasta las obras comprendidas en la Modificación No. 2 y las demás financiadas con fondos FAD).³²⁰

³¹⁸ Según las Condiciones del Contrato, en sus cláusulas 59 (Término), 59.1 (Rescisión) y 59.2(e), «*el Gerente de Obras notifica que no corregir un defecto determinado constituye un incumplimiento grave del contrato, [si] el contratista no procede a corregirlo dentro del plazo que el gerente de obras considere razonable...*» Luego de transcurridos 10 meses de la primera comunicación de corrección de defectos, Inocsa le advirtió a Elsamex que había incurrido en incumplimiento de terminación de obra, referenciando los oficios de fechas 17/dic./07, 10/ene/08, 16/ene/08, 29/abr/08, 8/may/08, 13/may/08, 20/may/08, 11/jun/08, 23/jun/08, 14/jul/08, 8/sep/08, y el Acta de visita conjunta para comprobar defectos detectados y comunicados al contratista a la que asistieron Unidad Ejecutora, DGC, Elsamex (quien no firmó dicha acta), e Inocsa. (Elsamex, Doc-66, MCEJ).

³¹⁹ Nótese que el Colegio de Ingenieros Civiles de Honduras, autoridad nominadora del Conciliador, designada en la referencia a la Cláusula 26 de los Datos del Contrato, se negó a nombrar un Conciliador.

³²⁰ Según admite la propia Demandante, la certificación de SOPTRAVI del 24 de abril de 2007 no era el CTO formal, pues «*este certificado fue solicitado por Elsamex para poder presentarse a unas licitaciones y fue emitido por SOPTRAVI*» (Elsamex, ¶202, ACE) y, por consiguiente, no puede sacarse de contexto. Es decir que, este Árbitro entiende que el certificado no fue emitido por el Supervisor dentro de las obligaciones contractuales ni hace las veces de recepción parcial de la obra, en términos formales por parte de la Administración puesto que ello estaba específicamente prohibido por el Contrato. Sin perjuicio de lo anterior, este Árbitro observa una contradicción en el

526. Dicho lo expuesto, es criterio de este Árbitro que, al encontrarse la Carretera abierta al servicio del público (cumpliendo el propósito descrito en el Art. 81 de la LCE y transcurriendo simultáneamente la vida útil de la misma) y, especialmente, habiéndose modificado la referencia a la Cláusula 48 en los Datos del Contrato para obligar al Contratista a emitir la Garantía de Calidad luego de terminadas las obras financiadas con los fondos originales hasta la Modificación No. 2 y más adelante las demás obras financiadas con los fondos FAD, se debió modificar la referencia a la Cláusula 27 de los Datos del Contrato³²¹ para permitir las recepciones parciales de segmentos terminados de la obra.³²²

527. Nótese en todo caso que, las reparaciones necesarias señaladas por Inocsa para justificar su negativa a emitir el CTO, no le eran imputables a Elsamex, según lo expuesto ampliamente en secciones anteriores de este Laudo, y en cualquier evento, ante la discrepancia que surgió por las fallas de la Carretera entre el Contratista³²³ y el Supervisor, este Árbitro considera que la Administración tenía la obligación de surtir, tanto el procedimiento contractual discutido en párrafos anteriores (Cláusulas 24 y 25), como una investigación conforme al mandato legal (Arts. 79 de la LCE y 215 del RLCE)³²⁴ antes de dar por ciertas las conclusiones de Inocsa. En criterio de este Árbitro, dichos procedimientos e indagaciones resultaban particularmente relevantes en este caso teniendo en cuenta que tanto la Supervisión como la Administración tenían un conflicto de

actuar de la Administración por cuanto en ese mismo documento, SOPTRAVI señaló que sólo quedaba pendiente el Acta de Recepción Final, implícitamente admitiendo que la recepción provisional ya se había dado según el orden legal antes discutido (y técnicamente ello sólo podría haber ocurrido de haberse emitido el CTO, al menos con respecto a esa parte del Proyecto). Adicionalmente, se resalta que en dicho momento la Administración devolvió todas las retenciones efectuadas a Elsamex sobre el monto contractual original, y el Contratista constituyó una garantía de calidad equivalente. Como se explicó antes, esto sólo sucede legalmente con posterioridad a la recepción de la obra (o al menos simultáneamente). Nótese que a partir de la Modificación No. 3 a los Contratos FAD y Mitch, se dispuso en éstos que una vez terminadas las obras contempladas hasta la Modificación No. 2 inclusive, financiadas con los Fondos FAD y Mitch respectivamente, se debían devolver las retenciones efectuadas al Contratista y éste a su vez debía constituir una garantía de calidad por el monto correspondiente (ver referencia a la Cláusula 48 en los Datos del Contrato en la Modificación No. 3). Si bien los considerandos de las Modificaciones sugieren que este cambio se dio porque estaba próxima a vencerse la disponibilidad de fondos de los Créditos Mitch y FAD, lo que exigía la devolución de todas las retenciones efectuadas al Contratista, el resultado jurídico es el mismo. De no entenderse prevista la posibilidad de recibir parcialmente la obra hasta la Modificación No. 2 inclusive, este Árbitro interpreta que la citada cláusula contractual contraría la disposición correspondiente en la LCE. Por lo anterior, este Árbitro Único concluye que la entrega parcial de la obra se dio *de facto*.

³²¹ Nótese que esta Cláusula expresamente establecía lo siguiente: « (...) *No se efectuarán recepciones parciales de segmentos terminados de la obra (...)*».

³²² La ley dispone que, cuando se pacta la ejecución y entrega de tramos o partes del proyecto para ser puestos al servicio público, los mismos se reciben parcialmente a medida que el Contratista los vaya terminando de acuerdo con el contrato y demás documentos contractuales (Arts. 81 de la LCE y 210 del RLCE). En esos eventos, el plazo de garantía de calidad correspondiente a cada entrega a que estuviere obligado el contratista se cuenta a partir de la recepción definitiva de cada tramo.

³²³ Por ejemplo, el 25 de julio de 2008, Elsamex intentó agotar el procedimiento escalonado de resolución de controversias, antes de activar el mecanismo de resolución de controversias previsto en la Cláusula 25 del Contrato. al someter ciertas controversias a la consideración de la Dirección (mediante Oficio TD-207/08 en Elsamex, Doc. 7, SdA). Sin embargo la Administración obvió su responsabilidad de atender las citadas controversias, negándose a resolver sobre el asunto y en su lugar exigió prueba escrita de las decisiones adoptadas por la Supervisión (ver oficio del 25 de agosto de 2008).

³²⁴ Para mayor detalle sobre el procedimiento de investigación de defectos e imprevistos en el diseño, referirse a la discusión correspondiente en la sección de este Laudo denominada " Naturaleza legal y contractual de los potenciales factores causantes de las fallas de la Carretera".

interés en la determinación que hicieran al respecto (porque las revisiones al diseño le correspondían a la Supervisión y las especificaciones técnicas habían sido provistas por la Administración). Precisamente, previendo este tipo de circunstancias, las Partes convinieron un procedimiento ante un tercero imparcial y la ley igualmente prevé un procedimiento ante personas que no hayan estado involucradas en el proyecto correspondiente.

528. En conclusión, este Árbitro opina que, para negarse a emitir el CTO, la Supervisión tendría que haber comprobado la existencia de defectos, según la definición de los mismos en el Contrato, es decir, con base en incumplimientos de las especificaciones técnicas o demás disposiciones contractuales. Igualmente, para concluir que efectivamente existían defectos en la ejecución de las obras imputables al Contratista, la Administración tendría que haber surtido el procedimiento previsto para ello en el Contrato y en la Ley. Según se explicó en gran detalle en la sección denominada "Causas técnicas y fácticas de los problemas de la Carretera", no se comprobó que Elsamex hubiera incumplido las especificaciones contractuales ni que Elsamex hubiera incurrido en un incumplimiento grave del Contrato, que pudiese justificar la retención del CTO o la emisión de un certificado de incumplimiento por parte de Inocsa y, mucho menos, la resolución del Contrato por parte de la Administración. No habiéndose agotado ninguno de los procedimientos de resolución de controversias ni de investigación previstos, resulta a todas luces contrario al Contrato y a la Ley que la Administración hubiere considerado que tenía bases suficientes para imputar las fallas de la Carretera al Contratista o para determinar que la obra adolecía de defectos de construcción imputables a Elsamex. Ante las circunstancias expuestas, y teniendo en cuenta que la obra se encontraba sustancialmente terminada según se ha determinado en secciones anteriores, este Árbitro Único concluye que la Administración debió recibir las obras provisionalmente y la Supervisión debió asimismo emitir el CTO correspondiente.

529. Como corolario de lo anterior, se concluye que la Administración se demoró más allá de lo razonable en emitir el CTO y, por lo tanto, conceptualmente procede la reclamación de Elsamex frente a los perjuicios ocasionados por el retraso en la emisión del CTO, en los términos de la Cláusula 44.1(k) del Contrato.

530. No obstante lo anterior, la cuantificación de los daños y perjuicios presentada por Elsamex y soportada mediante Apéndice 29³²⁵ adolece de ciertos errores e incurre en un doble cómputo frente a lo reclamado en otras secciones, según se describirá a continuación.

531. En primer lugar, la contabilidad de los daños y perjuicios por retraso en la emisión del CTO inicia desde enero de 2008, lo que es inconsistente con la fecha de terminación de las obras prevista en el Contrato para el 3 de abril de 2008, de conformidad con la Modificación No. 5. El Contratista sabía que la emisión del CTO no sería inmediata porque el propio Contrato otorgaba un tiempo prudencial para ello y luego para la emisión del acta de recepción de las obras, por lo cual, en el precio ofertado durante la licitación, el Contratista debió prever que continuaría asumiendo gastos del Proyecto al menos por un mes adicional a la terminación de las obras. Por lo anterior, este Árbitro Único encuentra que ninguno de los gastos incurridos antes de junio de 2008 procede.

³²⁵ Elsamex, Apéndice 29, MCEJ.

532. Segundo, este Árbitro Único concluye que los costos y gastos relacionados bajo los siguientes conceptos no se encuentran debidamente soportados y justificados, o el reclamo de los mismos no tiene asidero a la luz del Contrato y la Ley: amortizaciones, restaurantes, suscripciones y cuotas, servicios profesionales independientes, intereses, varios y otros. Por lo anterior, los mismos han sido eliminados del cómputo efectuado sobre el valor reclamado por la Demandada.
533. Tercero, en opinión de este Árbitro, con posterioridad a la ejecución de las Garantías y, entendiéndose terminado el Contrato *ipso iure* desde noviembre de 2008, no se justifican gastos locales de ninguna índole. El Árbitro justifica un mes adicional para cerrar la operación local y concede los costos y gastos reclamados hasta diciembre de 2008 inclusive (salvo los dispuestos en el párrafo anterior), pero no así los costos y gastos posteriores a dicha fecha porque, una vez ejecutadas las Garantías, Elsamex ya no tenía razón jurídica para operar ni invertir más en el Proyecto como tal.
534. Cuarto, los gastos financieros referentes a las Garantías reclamados por concepto de daños y perjuicios en el retraso de la emisión del CTO deben ser restados en su totalidad, pues de lo contrario, habría un doble cómputo frente al reclamo de la sección respectiva a las Garantías más adelante.
535. Quinto, los gastos de estructura presentados a partir del año 2009 incurren en doble cómputo frente a la reclamación de costes, por lo que serán tratados en dicha sección y han sido descontados del monto aquí reclamado.
536. En conclusión, este Árbitro reconoce daños y perjuicios por el retraso de la emisión del CTO únicamente por valor de **USD\$174.664,85**.³²⁶

1.2.2.3. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al ejecutar las Garantías?

a) Posición de Elsamex

537. Elsamex considera que la ejecución de las Garantías de Fiel Cumplimiento de los Contratos y la Garantía de Calidad correspondiente al importe original del Contrato (**USD\$2.816.000,00** más intereses y **USD\$938.308,47** más intereses, respectivamente) se dio sin fundamento legal o contractual, causando daños y perjuicios considerables al Contratista, tanto por el importe ejecutado antes expuesto, como por los gastos financieros y las comisiones bancarias correspondientes (**USD\$492.790,26**) (Elsamex, ¶247-270, MD).
538. Durante la Audiencia, Elsamex explica su razonamiento al respecto, recalando que no se cumplió con los requisitos exigidos por la Ley (Audiencia, Día 3, pág. 570-572), según se describe a continuación.
539. Primero, no existe incumplimiento alguno por parte del Contratista.

³²⁶ Este valor resulta de la conversión a dólares a la tasa de venta pactada de L. 3.323.872,07, que es la suma total de los gastos acreditados para este concepto y reconocidos por este Árbitro.

540. Segundo, para ejecutar las Garantías de Fiel Cumplimiento del Contrato y la Garantía de Calidad, como en efecto se hizo, se requería resolver previamente el Contrato, lo que no sucedió formalmente. No se cumplieron los requisitos previstos en el Art. 128 de la LCE para la resolución del Contrato, siendo ésta una norma imperativa en el evento en que la resolución sea imputable al Contratista.
541. Tercero, concretamente la norma exige que la Administración declare la resolución de oficio y haga efectiva la garantía de cumplimiento cuando fuere firme el acuerdo de resolución del contrato correspondiente y luego notifique formalmente al contratista del mismo. Elsamex aclara que el acuerdo referido en el Art. 128 de la LCE es el mismo acuerdo por incumplimiento al que se refiere el Art. 109 de la LCE, según el cual, para proceder a la ejecución de las garantías es necesario: (i) que exista un acto administrativo denominado "acuerdo de incumplimiento del contratista" y (ii) que este acto administrativo esté en firme.³²⁷ El oficio RL-86/2008 citado por Honduras es un certificado de incumplimiento (emitido por la Supervisión y dirigido a SOPTRAVI), no un acuerdo de incumplimiento (emitido por la Administración y notificado al Contratista); es decir que, en ningún caso puede reconocérsele carácter de acto administrativo y, éste no pudo devenir firme si no se comunicó previamente al Contratista.
542. Por las razones antes expuestas, Elsamex argumenta que los requisitos del Art. 109 de la LCE no se han cumplido para la ejecución de las garantías. Adicionalmente, Elsamex señala que en el caso de la Garantía de Calidad, tendría que haber un certificado de incumplimiento en los términos de la Cláusula 60.1 del Contrato, además de un acuerdo de incumplimiento en la forma de un acto administrativo en firme antes descrita.
543. Por último, la Demandante aclara que la indebida documentación para la ejecución de las Garantías no resulta relevante frente a los bancos respectivos, como alega Honduras, porque éstas eran Garantías de primer requerimiento de carácter contractual. En todo caso, Elsamex concluye que la ejecución de las Garantías implica, sin lugar a dudas, que el Contrato está resuelto *de facto* (Elsamex, ¶204, MDR; Audiencia, Día 3, pág. 556).

b) Posición de Honduras

544. Honduras defiende el actuar de SOPTRAVI entendiendo que la ejecución de dichas Garantías sí procedía ante el incumplimiento reiterado de Elsamex frente a sus obligaciones de corregir los defectos señalados por la Supervisión y efectuar debidamente la limpieza final del Proyecto que le fue ordenada.³²⁸ Además, justifica su ejecución acelerada en vista de que las Garantías estaban por vencerse. A continuación se esgrimen los argumentos principales presentados por Honduras.

³²⁷ De acuerdo con el Art. 31 de la LPA, los actos de la administración de carácter particular adquieren eficacia al ser firmes y, según el artículo 31(a) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los actos firmes son aquellos que no hubieren sido recurridos en tiempo y forma, o que hubieran sido consentidos expresamente. Por lo tanto, Elsamex recalca que, para que un acto administrativo sea firme, se tiene que comunicar al contratista.

³²⁸ Al respecto se aclara que Inocsa notificó un total de 10 veces a Elsamex los defectos que resultaron de las obras y, cuando Elsamex decidió no atender las instrucciones del Gerente de Obras, incurrió en un incumplimiento grave del Contrato (Cláusula 59). Con base en el incumplimiento del Contratista y, teniendo en cuenta que fue suficientemente notificado, bajo el Contrato y la ley, había suficiente justificación para que SOPTRAVI procediera a ejecutar las Garantías (Honduras, 189-208, MDFyRR).

545. Primero, para la Demandada, la ejecución de las Garantías se fundamentó legalmente en los instrumentos jurídicos que regulaban la relación contractual ante el incumplimiento de Elsamex de sus obligaciones, pues dicho incumplimiento fue debidamente certificado por la Supervisión (Honduras: ¶96 y Anexo 7, MCD).³²⁹
546. Segundo, según explica el abogado de la Demandada, en su interpretación del Art. 109 de la LCE, las Garantías constituidas no requerían la resolución del Contrato para su ejecución puesto que eran incondicionales y podían presentarse en cualquier momento hasta la fecha de emisión del acta de corrección de defectos y, en todo caso, a más tardar antes de su respectiva fecha de expiración.³³⁰
547. Tercero, al no encontrar una definición específica para el concepto, Honduras interpreta que el requisito legal impuesto por el Art. 109 de la LCE, referente a la necesidad de firmeza del "acuerdo de resolución por incumplimiento del contratista", entiende que éste se refiere al requisito de «(...) llegar a un lugar firme donde se entiende que hay un incumplimiento y las partes, por ejemplo, no están de acuerdo de que ellos [sic] tienen que corregir los defectos o no. En cualquier disputa se llega a un punto donde hay una pared y para eso es que hay garantías. Las garantías son de cumplimiento, o sea que ahí se tienen que ejecutar». En opinión de la Demandada, el susodicho acuerdo no aplica en este caso porque éste supone la resolución del Contrato cuando los defectos no se pueden corregir técnicamente y se emite para terminar el Contrato, lo que difiere del "certificado de incumplimiento" que se presenta al banco con la Garantía, siendo este último el documento que aplica en este caso (el cual, a juicio de Honduras no es el contemplado en la Cláusula 60.1, concerniente a la resolución del Contrato).
548. Cuarto, la Demandada opina que, de haber un problema de documentación en la ejecución de las Garantías, Elsamex debe proceder a demandar al banco correspondiente y no a la Administración.
549. Finalmente, la Demandada argumenta que el Contrato sigue vigente aun cuando se hayan ejecutado las Garantías porque sólo se puede terminar de dos maneras: «o se cumplen las obligaciones o hay algún tipo de incumplimiento bajo el Art. 129 [sic]³³¹ [de la LCE]». En todo caso, Honduras aclara que las Garantías son remedios acumulativos y no exclusivos, por lo cual, además de éstas, la Administración tiene derecho a reclamar todos sus daños y perjuicios. (Audiencia, Día 3, págs. 555-568, 575).

c) Consideraciones del Árbitro Único

550. En palabras de la doctrina local, las garantías son obligaciones accesorias a favor de la parte contratante para asegurar el cumplimiento de una o varias obligaciones. En el evento de un incumplimiento de la obligación principal del contrato en cuestión, la parte contratante a cuyo favor se haya constituido la garantía, puede resarcirse con ésta.³³² El

³²⁹ Ver oficio RL-86/2008 de la Supervisión y documentos de sustentación del incumplimiento de la Demandante.

³³⁰ Nótese que en la Audiencia el abogado de Honduras confunde las fechas de vigencia de las garantías (es decir, no toma en cuenta que fueron extendidas) ni que se ejecutaron con posterioridad a junio de 2008 (Audiencia, Día 3, pág. 556).

³³¹ Del contexto se entiende que se refería al Art. 127 de la LCE.

³³² Ver ORELLANA, E. *Óp. cit.*, pág. 427, ¶264 y Art. 119 de la LCE: «La Administración tendrá las prerrogativas siguientes: (...) 4) Facultad para imponer sanciones y ejecutar garantías cuando el Contratista no cumpla con sus obligaciones».

Art. 107 de la LCE dispone que, en materia de contratación estatal, se entenderá por garantías, las fianzas y las garantías bancarias emitidas por instituciones debidamente autorizadas, cheques certificados u otras análogas que establezca el RLCE.

551. Las responsabilidades legales cubiertas por las garantías en el Contrato de obra pública, según el Art. 239 del RCLE, son las siguientes:

- La garantía de mantenimiento de la oferta: de las licitaciones públicas o privadas por las propuestas presentadas por los licitadores hasta la adjudicación del contrato y, respecto del adjudicatario, por su propuesta hasta la formalización del contrato y constitución de la garantía de cumplimiento. Esta garantía no resulta relevante dentro de la discusión.
- La garantía de cumplimiento del contrato: responderá por el cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a la Administración, derivadas del contrato. En el caso que nos ocupa,³³³ se constituyeron dos Garantías de Fiel Cumplimiento del Contrato (una por cada Contrato), de primer requerimiento y con cobertura hasta por un total de USD\$2.816.000,00 (es decir, el 15% del fiel cumplimiento de la obra).³³⁴ Estas dos Garantías de Fiel Cumplimiento fueron ejecutadas en noviembre de 2008 por SOPTRAVI. CITIBANK de Honduras no expidió los cheques correspondientes hasta febrero de 2009.
- La garantía de calidad: por los vicios o defectos en las obras imputables al contratista o de los bienes suministrados durante el plazo que se hubiere previsto en el Contrato, sin perjuicio de las garantías especiales de funcionamiento que se hubieren acordado en los contratos de suministro. En el caso que nos ocupa, se constituyeron dos Garantías de Calidad, una por el 5% del monto original de los Contratos, con cobertura de hasta por USD\$938.608,47 y la otra por el 5% de los incrementos al mismo incorporados mediante las Modificaciones No. 3 y 4 a los mismos, con cobertura hasta por USD\$95.498,84.³³⁵ La Garantía de Calidad original fue ejecutada por

³³³ El Contrato disponía que el Contratista debía proporcionar al Contratante la garantía de cumplimiento del Contrato a más tardar en la fecha definida en la carta de aceptación. Dicha Garantía debía ser emitida por un monto, y por un Banco (o compañía afianzadora) aceptables para el Contratante y, a su vez, estar expresada en la moneda del precio del Contrato y en proporción al mismo. La validez de la Garantía de Cumplimiento debía, a su vez, exceder en 90 días la fecha de emisión del CTO en el caso de una garantía bancaria, que sería el caso aplicable para este análisis (ver Cláusula 52.1 del Contrato).

³³⁴ En resumen las dos Garantías de Fiel Cumplimiento consistieron en lo siguiente: (1) Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-44 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 28 de mayo de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando hasta USD\$1.866.000,00 del Contrato FAD. (2) Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-126 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 28 de mayo de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando hasta USD\$930.000,00 del Contrato Mitch. Ambas Garantías de Cumplimiento fueron aprobadas por SOPTRAVI el 10 de noviembre de 2004 y eran válidas hasta la emisión del Acta de Corrección de Defectos o, a más tardar el 30 de junio de 2008.

³³⁵ En resumen las dos Garantías de Calidad consistieron en lo siguiente: (1) Garantía bancaria irrevocable no. 1800007385, emitida el 29 de junio de 2007, por el Banco Atlántida, contra trabajos defectuosos a favor de SOPTRAVI y por cuenta de Elsamex, con cobertura de hasta USD\$938.608,47 (es decir, el 5% de la obra), y vigente hasta el 2 de julio de 2008. Esta Garantía de Calidad era ejecutable a requerimiento de SOPTRAVI con la presentación de la misma y un certificado de incumplimiento. La misma fue aprobada mediante resolución de SOPTRAVI el 28 de mayo de 2007. La Garantía de Calidad fue extendida hasta el 30 de septiembre de 2008 por el Banco Atlántida en las mismas condiciones. La misma fue aprobada mediante resolución de SOPTRAVI el 6 de agosto de 2008 (Elsamex, Doc. 21, SdA; Honduras, Anexo 9-EE, MCD). (2) Garantía bancaria irrevocable no. 6/1207/397, emitida el 20 de diciembre, por el Banco Cuscatlán, que garantiza el 5% de la buena calidad de la obra correspondiente a los montos de las Modificaciones No. 3 y 4 al Contrato con cobertura hasta por valor de

SOPTRAVI en noviembre de 2008 y el Banco Atlántida expidió el cheque correspondiente ese mismo mes. Del expediente se desprende que la Garantía de Calidad complementaria no fue ejecutada; sin embargo, el original de la misma no fue regresado a Elsamex impidiendo que ésta pudiera proceder a su cancelación. La reclamación respectiva será tratada en la sección de retenciones.

- La garantía por anticipo de fondos: por la correcta inversión del pago anticipado a cuenta de la ejecución del contrato, cuando así estuviere pactado. En el caso que nos ocupa, se constituyeron dos Garantías de Anticipo, una por Contrato, de primer requerimiento y con cobertura hasta por un total de USD\$3.755.000,00 (es decir, el 20% del anticipo de la obra. Estas Garantías de Anticipo vencieron en abril de 2007³³⁶ y no fueron objeto de discusión entre las Partes. Por lo tanto, las mismas no serán examinadas.

552. El análisis de este Árbitro Único se concentrará exclusivamente en las Garantías ejecutadas y objeto de disputa. Como se describió en la sección de los Hechos, SOPTRAVI inició el trámite de ejecución de las Garantías a finales de septiembre de 2008, lo suspendió temporalmente en octubre de 2008 como resultado del acuerdo suscrito entre las Partes el 30 de septiembre de 2008 y, en últimas, procedió con la ejecución de la Garantía de Calidad por el importe original del Contrato y las Garantías de Fiel Cumplimiento de los Contratos en noviembre de 2008.

553. Este Árbitro recalca que, en su argumentación, ambas Partes desconocen las diferencias significativas entre las Garantías de Calidad y las Garantías de Fiel Cumplimiento, cuando su naturaleza y propósito son totalmente diferentes, según ya se ha explicado en párrafos anteriores. A juicio de este Árbitro, dichas diferencias son fundamentales para estudiar adecuadamente el asunto por lo cual el análisis respecto a la ejecución de dichas Garantías, así como el de sus respectivas comisiones bancarias, se hará separadamente.

554. A continuación partiremos la discusión en el procedimiento que se debió seguir para las distintas Garantías de conformidad con el Contrato y la Ley.

USD\$95.498,84, y vigente desde el 3 de diciembre de 2007 hasta el 3 de diciembre del 2008. La misma fue aprobada por SOPTRAVI mediante resolución el 28 de mayo de 2008 (Elsamex, Doc. D-152, MCEJ).

³³⁶ Estas dos Garantías de Anticipo se constituyeron así: (1) Garantía Bancaria No. 26-45 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 1 de octubre de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando el Contrato FAD; y (2) Garantía Bancaria de Fiel Cumplimiento No. 26-125 emitida inicialmente por Lloyds TSB el 1 de octubre de 2004, contra el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Contratista, garantizando el Contrato Mitch. Ambas Garantías de Anticipo fueron aprobadas por SOPTRAVI el 10 de noviembre de 2004 y eran válidas hasta el 28 de febrero de 2007. (Honduras, Demandada, Anexo 9-V, MCD). El 5 de septiembre de 2006, SOPTRAVI solicitó a Elsamex nuevas garantías bancarias por anticipo sin condicionamiento debido a que el banco fue reduciendo mes a mes una cantidad fija predeterminada, asumiendo la ejecución de volúmenes de obra para cada periodo, sin que ello se ajustara a la realidad. De lo contrario, Elsamex, estaría incurriendo en un incumplimiento de lo estipulado en las Cláusulas 51.1 y 51.3 de los Contratos. Posteriormente estas Garantías de Anticipo fueron enmendadas el 8 de noviembre de 2006 y prolongadas únicamente por valor de USD\$372.000 y USD\$754.500 respectivamente, hasta el 30 de abril de 2007 por el Banco Cuscatlán (Demandada, Anexo 9-X, MCD).

i. ¿Fue indebida la ejecución de las Garantías de Fiel Cumplimiento?

555. En criterio de este Árbitro Único, la Ley indica que para ejecutar una garantía de cumplimiento se tienen que dar ciertos supuestos básicos que permiten declarar resuelto el contrato³³⁷ y debe surtir el procedimiento respectivo para el efecto (Art. 256 del RLCE). Desde el punto de vista legal, para ejecutar una garantía de cumplimiento de una obra pública se requiere de antemano la declaratoria de resolución de incumplimiento del contrato correspondiente, la cual procede ante cualquiera de causales dispuestas en el Art. 127 de la LCE.³³⁸ Adicionalmente, la resolución del contrato de obra pública implica la extinción jurídica del mismo (el Art. 253(b) del RLCE).³³⁹

556. Cuando la resolución se deba a causas imputables al Contratista, la Administración debe declararla de oficio mediante un "Acuerdo de Resolución de Incumplimiento" (que adopta la forma de acto administrativo) y, en todo caso, éste tiene que estar en firme antes de resolver efectivamente el contrato (Art. 128 de la LCE) y de ejecutar la garantía de cumplimiento correspondiente (Art. 109 de la LCE). Asimismo, el Art. 253 de la LCE exige que la citada resolución sea acordada por el órgano responsable de la contratación (en este caso, SOPTRAVI), luego de oír la opinión fundada de la Asesoría Legal y los dictámenes técnicos que correspondan. En todo caso, para que dicho acto administrativo de carácter particular, dirigido al Contratista, adquiera eficacia (al ser firme) debe ser debidamente notificado y agotarse el procedimiento administrativo dispuesto para el efecto (Arts. 31 de la LPA y 31(a) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

³³⁷ **Art. 256 del RLCE. Garantía de cumplimiento.** Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista se hará efectiva la garantía de cumplimiento.

³³⁸ **Art. 127 de la LCE.-Causas de resolución.** Son causas de resolución de los contratos:

- 1) El grave o reiterado incumplimiento de las cláusulas convenidas;
- 2) La falta de constitución de la garantía de cumplimiento del contrato o de las demás garantías a cargo del contratista dentro de los plazos correspondientes;
- 3) La suspensión definitiva de las obras o la suspensión temporal de las mismas por un plazo superior a seis (6) meses, en caso de fuerza mayor o caso fortuito, o un plazo de dos (2) meses sin que medien éstas, acordada en ambos casos por la Administración;
- 4) La muerte del contratista individual si no pudieren concluir el contrato sus sucesores;
- 5) La disolución de la sociedad mercantil contratista;
- 6) La declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista, o su comprobada incapacidad financiera;
- 7) Los motivos de interés público o las circunstancias imprevistas calificadas como caso fortuito o fuerza mayor, sobrevinientes a la celebración del contrato, que imposibiliten o agraven desproporcionadamente su ejecución;
- 8) El incumplimiento de las obligaciones de pago más allá del plazo de cuatro (4) meses si no se establece en el contrato un plazo distinto;
- 9) La falta de corrección de defectos de diseño cuando éstos sean técnicamente inejecutables;
- 10) El mutuo acuerdo de las partes; y,
- 11) Las demás que establezca expresamente el contrato.

No podrán ejecutarse las garantías de un contrato cuando la resolución contemplada en este Artículo sea consecuencia del incumplimiento contractual de la Administración, o por mutuo acuerdo.

³³⁹ **Art. 253 del RLCE. Extinción por resolución.** Los contratos regulados por la Ley se extinguirán por resolución en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando fuere acordada por las partes; b) Por incumplimiento de cualquiera de las partes y en los demás casos a que se refiere el artículo 127 de la misma; c) Cuando las modificaciones de un contrato excedieran, en más o en menos, del veinte por ciento (20%) del valor contratado, según dispone el artículo 123 párrafo final de la Ley, mediando solicitud del contratista. La resolución será acordada por el órgano responsable de la contratación, oyendo la opinión fundada de la Asesoría Legal y los dictámenes técnicos que correspondan.

557. En este caso, basándose en sus teorías, la Administración podría haber motivado un acuerdo de resolución del Contrato en el supuesto grave o reiterado incumplimiento de las cláusulas convenidas (Art.127(1) de la LCE) o en el incumplimiento de la Cláusula 59.2(6), ya fuere utilizando el mecanismo de rescisión contractual o por vía de la Ley (Art 129(11) de la LCE) y siempre que hubieran agotado los procedimientos investigativos legales³⁴⁰ y de resolución de controversias dispuestos en el Contrato y discutidos en secciones anteriores. De hecho, en su momento, Inocsa emitió una comunicación mediante la cual se le notificaba al Contratista que, al haber transcurrido 10 meses desde la primera comunicación enviada a Elsamex en la que se le solicitó la corrección de defectos de la Carretera, el Contratista había incurrido en incumplimiento de terminación de obra, con base en la facultad otorgada a la Supervisión por las Cláusulas 59 (Término), 59.1 (Rescisión) y 59.2(e) del Contrato³⁴¹ (Elsamex, Doc-66, MCEJ). No obstante lo anterior, SOPTRAVI nunca emitió un acto administrativo semejante acordando la resolución del Contrato ni notificó al Contratista del mismo.

558. Para justificar la ejecución de la Garantía de Cumplimiento por parte de SOPTRAVI, en ausencia del acto administrativo exigido por la Ley, el abogado de Honduras presentó una teoría durante la Audiencia según la cual: (i) el certificado de incumplimiento previsto en el Contrato podía emitirse sin que ello implicara la rescisión o la resolución del Contrato (lo que resulta contrario a la Ley), y además, alegando que (ii) dicho certificado de incumplimiento era el único requisito exigido para la ejecución de las Garantías (tomando en cuenta únicamente el contenido del contrato suscrito con el banco emisor). En opinión de este Árbitro, la interpretación que el abogado de Honduras le da a los Arts. 109 y 128 de la LCE durante la Audiencia no tiene cabida en el derecho administrativo hondureño, ni en ordenamiento jurídico alguno de tradición legal civilista y, además, resulta contraria al texto del Contrato. Básicamente Honduras no considera que el acuerdo de resolución por incumplimiento citado en los Arts. 109 y 128 de la LCE requiera de un acto administrativo, entiende que el requisito de firmeza dispuesto en éstos es figurativo y no legal, y que la Administración está facultada para ejecutar las Garantías contractuales si considera que hubo un incumplimiento, sin necesidad de surtir proceso alguno y sin que el Contratista tenga derecho a recurrir la decisión en vía gubernativa.

559. Este Árbitro Único estima que, de la lectura de la LCE, el RCLE y la LPA, resulta evidente que el legislador en este caso se refiere a los acuerdos o actos administrativos emitidos por la Administración y el correspondiente requisito para que los mismos adquieran su carácter de firmeza antes de que éstos puedan surtir efectos. Lo anterior con el fin de garantizar el derecho a la defensa de los particulares o administrados, como lo sería en este caso Elsamex en su calidad de Contratista del Estado. Esto supone que, aun en el evento en que hubiera lugar a la resolución del Contrato imputable al Contratista, que no es el caso por las razones expuestas ampliamente, necesariamente

³⁴⁰ Como se explicó en gran detalle en la sección denominada "Naturaleza legal y contractual de los potenciales factores causantes de las fallas de la Carretera", la responsabilidad por defectos de la obra o imprevisión en el diseño de la misma está regulada por el Art. 79 de la LCE y el Art. 214 de la RLCE, y los mismos requerían una investigación de irregularidades por parte de la Administración cuando hubiere indicios de aquélla.

³⁴¹ La Cláusula 59.1 dispone que el Contratante o el Contratista podrán rescindir el Contrato si la otra parte incurriese en un incumplimiento grave del Contrato. A su vez, la Cláusula 59.2 enumera una lista de incumplimientos graves, en la cual se contempla en el literal (e) lo siguiente: « *el Gerente de Obras notifica que de no corregir un defecto determinado constituye un incumplimiento grave del Contrato, y el Contratista no procede a corregirlo dentro del plazo que el Gerente de Obras considere razonable*».

aplicarían las protecciones jurídicas dispuestas en los Arts. 109 y 128 de la LCE. Es decir, la resolución sólo podía surtir efectos "una vez en firme o consentida".

560. Finalmente, es evidente que el oficio RL-86/2008 citado por Honduras en calidad de certificado de incumplimiento, además de presentar problemas contractuales y legales por su falta de fundamento técnico e irregularidades procedimentales (según se expuso en secciones anteriores), tampoco cumplía con las características legales requeridas para la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, aun cuando fuera el único documento requerido por el banco para hacerla efectiva. En concepto de este Árbitro, no puede confundirse (a) el carácter de primer requerimiento contractual de las Garantías, que regula la relación ante los Bancos (en contraposición a la relación entre el Contratante y el Contratista, con (b) los requisitos legales de la Administración para ejecutar las mismas. Por esto, no resulta procedente el argumento de Honduras según el cual cualquier problema en la documentación presentada es imputable al banco y no a la Administración.

561. En opinión de este Árbitro, tanto contractual como legalmente, es inconcebible que la Administración haya considerado que podía ejecutar las Garantías de Fiel Cumplimiento, sin emitir una resolución motivada, que el Contratista pudiese recurrir (presentando sus contraargumentos y agotando la vía gubernativa) antes de que la misma fuese tenida como una decisión en firme y eficaz. Por las razones antes expuestas, se concluye que la ejecución de las Garantías de Fiel Cumplimiento fue indebida y, por lo tanto, se concede completamente la pretensión respectiva a favor de Elsamex.

ii. ¿Fue indebida la ejecución de las Garantías de Calidad?

562. Según la Ley y la buena práctica de ingeniería, el propósito de la garantía de calidad de la obra pública es responder por las obligaciones que surjan a cargo del contratista con posterioridad a la recepción definitiva de las obras. Como se describió antes, de conformidad con los Art. 104 LCE y Art. 214 RLCE la garantía de calidad se constituye luego de efectuada la recepción final de las obras, sustituyendo la garantía de fiel cumplimiento correspondiente. La exigencia de constituir una garantía de calidad se explica porque la Ley prevé que la recepción definitiva de la obra no exime al contratista a cuyo cargo hubiere estado la construcción de una obra, ni a quienes la hubieren diseñado, en su caso, de la responsabilidad que resulte por defectos o vicios ocultos en la construcción o imprevisiones en el diseño, según corresponda, mediando negligencia o dolo. Cuando ello se advierta, sea antes o después de la recepción definitiva, el órgano administrativo contratante debe ordenar las investigaciones que procedan, oyendo a los respectivos contratistas y, si efectivamente constan los hechos que acreditan la responsabilidad, dicho ente debe comunicarle lo procedente a la Procuraduría General de la República, según fuere del caso. En tal evento, la garantía de calidad presentada por el contratista responde por sus obligaciones según el mandato legal.

563. En contraposición a lo anterior, en este caso las Garantías de Calidad se constituyeron anticipadamente³⁴² (es decir, antes de la recepción definitiva de las obras), como

³⁴² Inmediatamente después de suscrita la Modificación No. 3, la Garantía de Calidad fue constituida el 29 de junio de 2007 por el Banco Atlántida, con cobertura del 5% del monto original la obra y vigencia inicial de 365 días (correspondiente al plazo de responsabilidad por defectos) hasta el 2 de julio de 2008. Una vez se consolidaron las diferencias entre las Partes, dicha vigencia fue ampliada hasta el 30 de septiembre de 2008 por Elsamex, a fin de

resultado de un cambio en la referencia a la Cláusula 48 en los Datos del Contrato efectuado en la Modificación No. 3.³⁴³ Como se mencionó en la sección sobre la negativa de Inocsa a emitir el CTO, esta circunstancia creó un conflicto entre el Contrato, la norma y los hechos. A pesar de la prohibición contractual referida a la Cláusula 27 en los Datos del Contrato, la Administración *de facto* recibió la Carretera por tramos al (i) devolver las retenciones efectuadas hasta la Modificación No. 2 inclusive, (ii) exigir la constitución de la correspondiente Garantía de Calidad para cubrir las obras terminadas a esa fecha y (iii) exponer la Carretera al desgaste que implica el uso de la misma por el público. Con respecto al último punto nótese que la Administración permitió el uso de la Carretera incluso cuando la segunda capa no se había completado y la mayoría de las obras de protección recomendadas no se habían construido por falta de fondos, acelerando su desgaste. El mismo análisis aplica para la Garantía de Calidad constituida más adelante, aun cuando ésta no fue ejecutada (y por consiguiente, no hay un reclamo por daños y perjuicios relativos a dicha Garantía de Calidad posterior).

564. Por lo anterior, se concluye que la constitución como tal de las Garantías de Calidad fue anticipada y que éstas nunca debieron coexistir con las Garantías de Fiel Cumplimiento por cuanto ello es contrario a su naturaleza.

otorgar los 60 días contractualmente establecidos para que SOPTRAVI definiera la causa de las fallas de la Carretera y la correspondiente responsabilidad sobre las mismas. (Elsamex, Doc. 21, SdA; Honduras, Anexo 9-EE, MCD). En aras de garantizar el 5% de la buena calidad de la obra correspondiente a los montos de las Modificaciones 3 y 4, el Contratista constituyó una Garantía de Calidad adicional el 20 de diciembre de 2007, con vigencia retroactiva desde el 3 de diciembre de 2007 hasta el 3 de diciembre del 2008 (Elsamex, Doc. D-152, MD). De manera que se constituyeron las Garantías de Calidad correspondientes al monto original del Contrato y a los incrementos al mismo contemplados en las Modificaciones No. 3 y 4, sin que se hubieren recibido formal y definitivamente las obras en ninguno de los casos contradiciendo lo dispuesto textualmente en la norma respectiva. Lo anterior resulta irregular frente al propósito y naturaleza de una garantía de calidad de obra pública.

³⁴³ Nótese que, en este caso, la versión original de las Cláusulas 35 y 48 del Contrato, y las correspondientes anotaciones en los Datos del Contrato contemplaban la retención del 5% de cada pago efectuado al Contratista por parte del Contratante hasta la terminación de la totalidad de las Obras. Una vez terminadas las Obras y recibidas a satisfacción del Contratante, éste debía pagarle al Contratista el monto total retenido y el Contratista debía presentar en sustitución una garantía bancaria de calidad (a la vista) contra trabajos defectuosos, con vigencia por el periodo señalado en los Datos del Contrato de "Responsabilidad por Defectos". El plazo del periodo de responsabilidad por defectos originalmente contemplado era de 365 días y antes de su terminación el Contratante debía extender un certificado haciendo constar que el Contratista había corregido todos los defectos notificados. Además se dejó claramente estipulado en la Cláusula 27 que no se harían recepciones parciales o por tramos. No obstante lo anterior, en la Modificación No. 3 al Contrato FAD se incorporó el siguiente cambio en los Datos del Contrato: «(...) una vez finalizadas las obras correspondientes contenidas en el contrato hasta la Modificación No. 2, que han sido financiadas con cargo a los Fondos FAD se procederá a sustituir el monto retenido, contra la presentación por parte del Contratista de una Garantía bancaria, por el valor a devolver, y con vigencia igual al periodo de Responsabilidad por Defectos, tal como se estipula en el contrato. Para las obras financiadas con fondos del Programa de Reforma Gestión Pública, se continuará efectuando la retención establecida y la devolución se hará contra la recepción satisfactoria de la obra y presentación de una garantía bancaria aceptable para la DGC/SOPTRAVI, por el mismo valor total retenido y con una vigencia igual al periodo de Responsabilidad por Defectos, tal como se estipula en este contrato." Asimismo, la Modificación No. 3 al Contrato Mitch contempló una cláusula equivalente frente a las obras financiadas con cargo a los Fondos MITCH. En la Modificación No. 4 al Contrato Mitch desapareció la sección de la cláusula relativa a las obras financiadas con fondos del Programa de Reforma Gestión Pública y en la Modificación No. 5 se sustituyó la referencia a los Fondos Mitch en el Contrato Mitch por Fondos FAD. Según uno de los considerandos de las Modificaciones No. 3 y 4, las devoluciones y la constitución anticipada de las Garantías de Calidad se dieron porque el plazo de los desembolsos de los Créditos Mitch y FAD respectivamente, estaba por vencerse y por eso debían hacerse todos los pagos pendientes con cargo a los mismos, incluyendo la devolución al Contratista de los montos retenidos. Sin embargo, ello no deja de ser una irregularidad frente a la norma y la desnaturaliza las garantías de calidad.

565. Ahora, para efectos de ejecutar una garantía de calidad, la norma aplicable indica que la Administración debe surtir el mismo procedimiento dispuesto en el Art. 109 de la LCE discutido ampliamente en la sección anterior (para la Garantía de Fiel Cumplimiento). En resumen, para ejecutar la Garantía de Calidad, la Administración igualmente requería un "acuerdo de resolución por incumplimiento del Contratista" en firme.
566. En el evento en que la Administración estuviere alegando el incumplimiento grave del Contratista dispuesto en la Cláusula 59.2(e), como en efecto lo hizo Inocsa, tendría que haberse expedido adicionalmente un certificado de incumplimiento en los términos de la Cláusula 60.1 del Contrato³⁴⁴ que implique la rescisión del Contrato y del lugar de la ejecución de la Garantía de Calidad.
567. En vista de que no se cumplieron los requisitos en uno u otro caso, por las razones ya explicadas en la sección anterior, aun si se le otorga validez jurídica a la constitución irregular, anticipada y desnaturalizada de la Garantía de Calidad en cuestión, no cabe duda que la misma fue indebidamente ejecutada y, por lo tanto, se concede completamente la pretensión respectiva a favor de Elsamex.

**iii. ¿Procedía el reajuste de las Garantías exigido por la Administración?
¿Hay lugar al reembolso de gastos por comisiones bancarias?**

568. En medio de la controversia, la Administración exigió la ampliación de las Garantías, conforme a lo previsto en la Modificación No. 5, so pena de inconvenientes en el trámite de las estimaciones, y pretendiendo además que el periodo de responsabilidad por defectos de todas las Garantías se retrotrajera por completo (al exigir una ampliación de 365 días en la vigencia de las mismas).³⁴⁵
569. El Art. 102 de la LCE establece lo siguiente sobre la ampliación de la vigencia de la garantía de cumplimiento:

Si por causas establecidas contractualmente se modifica el plazo de ejecución de un contrato por un término mayor de dos (2) meses, el Contratista deberá ampliar la garantía de cumplimiento de manera que venza tres (3) meses después del

³⁴⁴ Nótese que la Cláusula 60.1 del Contrato, referente al certificado que la Supervisión debe emitir en el evento de un incumplimiento grave del Contratista, se encuentra bajo el encabezado "Pagos posteriores a la rescisión del Contrato" y a su vez la "Rescisión del Contrato" se regula en la Cláusula inmediatamente anterior, según la cual, en la Cláusula 59.2(e) se determina que la negativa del Contratista a corregir un defecto determinado en el plazo establecido constituye una causal de incumplimiento grave del Contrato. Si bien las figuras jurídicas de resolución y la rescisión son diferentes, ambas implican la terminación irregular del Contrato. En criterio de este Árbitro, teniendo en cuenta que no se dieron los supuestos en ninguno de los casos, la distinción resulta irrelevante.

³⁴⁵ Tal y como se describió en la sección de Hechos, el 15 de mayo de 2008 SOPTRAVI solicitó a Elsamex ampliar las Garantías de Fiel Cumplimiento según lo dispuesto en la Modificación No. 5 porque estaban por vencerse y para evitar problemas en la tramitación de futuras estimaciones (Honduras, Anexo 48, MCH). El 25 de junio de 2008, SOPTRAVI le comunicó a Elsamex que debía extender la Garantía de Calidad que cubría el monto original del Contrato por un periodo no menor a 365 días antes del vencimiento de su vencimiento, so pena de ejecución. Ello correspondía a la interpretación de la Administración de los Datos del Contrato relacionados con la Cláusula 35 en vista de que no se había emitido el CTO. (Honduras, Anexo 49, MCH).

nuevo plazo establecido; si así ocurriere, el valor de la ampliación de la garantía se calculará sobre el monto pendiente de ejecución, siempre que lo anterior hubiere sido ejecutado satisfactoriamente.
(Subrayado fuera del texto).

570. Por su parte, el Art. 240 del RLCE establece las siguientes reglas para el reajuste de garantías en los casos de modificación del contrato, sin especificar el tipo de garantía:

a) *Si se modificara un contrato con incremento de las prestaciones a cargo de un contratista la garantía se ampliará teniendo como base el valor del contrato pendiente de ejecución, requiriéndose para ello la certificación de la situación del contrato expedida por la Unidad Ejecutora;*

b) *Si se modificare el plazo de ejecución de un contrato por un plazo mayor de dos meses, la garantía de cumplimiento se ampliará de manera que venza tres meses después del vencimiento del nuevo plazo contractual; en este caso el valor de la garantía se calculará sobre el monto del contrato pendiente de ejecución, siempre que conste que lo anterior ha sido ejecutado satisfactoriamente mediante certificación expedida por la Unidad Ejecutora. (Subrayado fuera del texto).*

571. En criterio de este Árbitro, la inclusión de esta exigencia por parte de la Administración de ampliar la vigencia de la Garantía de Fiel Cumplimiento por un plazo de un año excedió el plazo previsto y desconoció la relación de proporcionalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento con respecto a las obligaciones pendientes contemplados en las normas aplicables antes descritas e implicó una extralimitación de sus facultades desequilibrando económicamente el Contrato. Nótese que los Artículos 121 de la LCE y 202 del RLCE sólo le permiten a la Administración introducir modificaciones a los contratos dentro de los límites previstos en la LCE y el RLCE. La norma es clara en prever que la ampliación sea únicamente por ese monto pendiente. Es decir que, en la ampliación de la Garantía de Fiel Cumplimiento en las Modificaciones No. 3, 4 y 5, se debió contemplar esa limitación.

572. En cuanto a la ampliación de la vigencia de la Garantía de Calidad, vale la pena anotar que, a diferencia de la normativa relativa específicamente a las garantías de fiel cumplimiento (Arts. 102-103 de la LCE), la norma que regula las garantías de calidad no prevé la posibilidad de su ampliación de plazo o precio (Art. 104 de la LCE). El Árbitro Único explica esta diferencia porque la garantía de calidad conceptualmente se constituye al expirar el plazo del Contrato o completarse el objeto del mismo, entonces una ampliación de la misma (por razón de una ampliación de plazo en el Contrato) resultaría contraria a su esencia. No obstante lo anterior, aún si se admitiere la interpretación de que la ampliación de la Garantía de Calidad encaja dentro del Art. 240 del RLCE (lo cual no resulta razonable por su naturaleza), este Árbitro concluye que también en ese evento la Administración se excedió de sus facultades.

573. Este Árbitro concluye que, no procedían las ampliaciones de las Garantías en los términos exigidos ni por el importe total de los Contratos, y por ello, la reclamación de Elsamex tiene asidero conceptualmente. Sin perjuicio de lo anterior, la reclamación de Elsamex comprende la totalidad de los gastos financieros incurridos por el Contratista en relación con las Garantías ejecutadas, incluyendo aquellos montos que contractualmente sí le correspondía pagar al Contratista (Elsamex, Doc. D-160, MCEJ). Este Árbitro Único encuentra fundados los cobros relativos a los periodos prolongados injustificados y a montos por encima de lo requerido legalmente, pero no así los gastos por comisiones bancarias que hacían parte de las obligaciones contractuales del Contratista y que éste debió prever al momento de presentar su oferta en la licitación, según se describirá en las siguientes líneas.
574. Primero, las comisiones por la Garantía de Calidad (que cubrían el monto original del Contrato) sólo debieron ser pagaderas por un año, según lo analizado en párrafos anteriores sobre la normativa aplicable al efecto, por lo cual este Árbitro reconoce la reclamación únicamente por las comisiones bancarias y demás gastos financieros que excedan de 12 meses.
575. Segundo, la Administración sólo podía exigir la ampliación de las comisiones por las Garantías de Fiel Cumplimiento hasta por tres meses después de la fecha de expiración del Contrato dispuesta en la última modificación (es decir, hasta el 3 de julio de 2008), por lo cual este Árbitro Único sólo reconoce la reclamación de Elsamex en cuanto a los gastos financieros incurridos con posterioridad a esa fecha.
576. Tercero, teniendo en cuenta que la Administración reconoció que las obras comprendidas hasta la Modificación No. 2 inclusive habían sido completadas, a partir de la Modificación No. 3 (es decir, desde el 27 de junio de 2007), el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato FAD debió limitarse exclusivamente a la cobertura de los fondos adicionales incorporados al Contrato por valor de USD\$1.604.122,50 (representativos del precio de los trabajos adicionales incorporados). No podía continuarse exigiendo Garantía de Fiel Cumplimiento alguna por el Contrato Mitch per se porque no había monto a cubrir, con lo cual la bifurcación de los Contratos en ese momento dejaba de ser relevante para efectos de las Garantías. A partir de la Modificación No. 4 (es decir, desde el 5 de noviembre de 2007), la antedicha cobertura de la Garantía de Cumplimiento del Contrato FAD debió incrementarse por valor de USD\$305.854,37 (representativo del precio de los trabajos adicionales). En este caso se considera que deben ser acumulados los valores porque no existe prueba de que en dicho momento se hubieran completado esos trabajos.
577. En conclusión por concepto de la reclamación bajo esta sección se le reconocen a Elsamex gastos financieros y comisiones bancarias en exceso de sus obligaciones legales por valor de **USD\$ 120.395,80**.³⁴⁶

³⁴⁶ Este valor se obtuvo al sumar: (a) el valor de las comisiones bancarias y los gastos financieros incurridos por Elsamex en relación con la Garantía de Calidad en los tres meses de pagos que excedieron el año requerido contractualmente, calculado utilizando la misma fórmula del soporte de la Demandante; y (b) en relación con las Garantías de Fiel Cumplimiento (i) los costos financieros y bancarios incurridos desde el 3 de julio de 2008 (inclusive) y (ii) el valor de la prima ajustada al valor de las obras remanentes a garantizar en los periodos aplicables (entre la Modificación No. 3 y No.4, con un ajuste, y desde la Modificación No. 4 hasta el 3 de julio de 2008, con un ajuste diferente basado únicamente en el valor de los trabajos pendientes).

1.2.2.4. ¿Incumplió Honduras sus obligaciones contractuales y/o violó la ley hondureña al negarse a devolver las retenciones efectuadas a Elsamex?

a) Posición de Elsamex

578. Elsamex argumenta que Honduras incurrió en un incumplimiento contractual al negarse a devolver a Elsamex las retenciones sobre el 5% de los valores facturados en las Estimaciones No. 29 a 36, por valor de **USD\$91.863,06**, en relación con los trabajos ejecutados al amparo de las Modificaciones No. 3, 4 y 5, a pesar de que Elsamex constituyó una Garantía de Calidad por importe de **USD\$95.489,84** contra la devolución de los importes retenidos el 21 de diciembre de 2007. La Administración no reembolsó a Elsamex el importe retenido y, aun cuando no ejecutó la Garantía de Calidad complementaria antes descrita, conservó el original de la misma, impidiendo que Elsamex la cancelara. A pesar de las múltiples solicitudes del Contratista sobre el reembolso de la retención, SOPTRAVI e Inocsa comunicaron que no procedería la devolución de los valores retenidos hasta que se produjera la recepción satisfactoria de la obra.³⁴⁷ Señala Elsamex que a pesar de que SOPTRAVI aprobó la Garantía de Calidad respectiva el 5 de junio de 2008, SOPTRAVI continuó con la misma posición frente a las devoluciones, reteniendo así una doble garantía, lo cual es a todas luces contradictorio. A juicio de Elsamex, Inocsa no estaba facultada para condicionar su devolución al desempeño de labores arbitrariamente impuestas por Inocsa (Elsamex: Doc. 7, SdA; Doc. D-55, MCEJ; ¶242-246 y Docs. D-153 y D-154, MD).

579. Además del importe retenido, Elsamex reclama el valor de los gastos financieros por comisiones bancarias en que está incurriendo hasta que el Contratante le devuelva el original del aval de la Garantía de Calidad complementaria y el banco proceda a su cancelación definitiva.³⁴⁸

b) Posición de Honduras

580. Por las mismas razones que se establecieron frente a la negativa a emitir el CTO y a pagar la Estimación No. 37, Honduras sostiene que la solicitud de devolución de retenciones también carece de fundamento y se niega a la misma (Honduras, ¶176, MDFyRR).

c) Consideraciones del Árbitro

581. El Contrato disponía que el Contratante debía retener de cada pago que se efectuara al Contratista la proporción estipulada en los Datos del Contrato, hasta la terminación de la totalidad de las Obras. Al terminarse la totalidad de las Obras se debía pagar al Contratista el monto total retenido, para lo cual éste presentaría en sustitución la garantía bancaria de calidad (a la vista) contra los trabajos defectuosos con vigencia por el periodo de responsabilidad (es decir, 1 año). Esta Cláusula fue modificada en relación a las

³⁴⁷ Nótese que la actitud de la Administración al respecto una vez más confirma que las devoluciones efectuadas luego de la Modificación No. 2 y la correspondiente constitución de la Garantía de Calidad, constituyeron una recepción parcial de la obra, según se discutió en detalle en la sección sobre la negativa a emitir el CTO.

³⁴⁸ Nótese que no hay soporte para esta reclamación ni se pide un monto concreto para el efecto, por lo cual el Árbitro no puede pronunciarse al respecto.

retenciones efectuadas sobre el valor original del Contrato, no así por los incrementos en el monto global con posterioridad a la Modificación No. 3. La LCE y el RLCE no regulan la materia en estas circunstancias.

582. En concepto de este Árbitro Único, el mismo análisis efectuado en secciones anteriores aplica en este caso. La Administración no estaba facultada legalmente para decidir arbitrariamente sobre el asunto y debió surtir el procedimiento de resolución de controversias establecido en el Contrato (Cláusulas 24 y 25). Las retenciones efectuadas se relacionaban con dinero ya devengado por el Contratista por obras que fueron ejecutadas. Para justificar la negativa a devolver dichas retenciones cuando se constituyó la Garantía de Calidad complementaria, se tendrían que haber comprobado defectos de calidad según lo establecido contractualmente, lo cual no sucedió, por las razones ya expuestas en la sección anterior sobre Garantías. Además, la Administración actuó de mala fe si a sabiendas de que no devolvería estas retenciones requirió y aceptó la constitución de la Garantía de Calidad correspondiente.

583. En vista de que se ha concluido que las obras sí se terminaron y se cumplió con la obligación contractual de constituir la Garantía de Calidad complementaria,³⁴⁹ en opinión de este Árbitro los montos retenidos debieron ser devueltos al Contratista. Por lo tanto, se concede el reclamo de Elsamex por valor de USD\$91.863,06.

584. Dicho esto, no puede al mismo tiempo devolverse al Contratista los gastos financieros de la constitución de la Garantía de Calidad que cubre las Modificaciones 3 a 5, porque incurrir en los mismos era parte de sus obligaciones contractuales (aun cuando posteriores). Además, esta Garantía de Calidad no fue ejecutada. De manera que no se concede monto adicional alguno por este concepto. Sin perjuicio de lo anterior, el asunto resulta inocuo porque Elsamex no presentó el debido soporte frente a la alegación de gastos adicionales ni incluyó una cifra determinada o determinable para el efecto en su petitorio.

2. Reclamaciones derivadas de otros incumplimientos contractuales

585. A continuación se procederá a analizar las demás reclamaciones del Contratista derivadas de incumplimientos contractuales independientes a la fase de finalización del Proyecto: (a) reclamaciones derivadas de la implementación de la Cláusula 47 sobre ajuste de precios; (b) trabajos impagados, que se subdivide en (i) rehabilitación de hombros, (ii) trabajos de relleno con materiales de excavación, (iii) trabajos de excavación común, sub-base y base triturada; (iv) pre nivelación mediante aplicación de concreto asfáltico, (v) trabajos impagados en la falla km. 16, y (vi) deducciones indebidas a la Estimación No. 34 e intereses de demora en el pago de la Estimación; (c) trabajos extraordinarios impagados, que se subdivide en (i) reparación de zonas inestables y (ii) gastos de geomalla; y (d) daños y perjuicios de las acciones y omisiones del propietario, que se subdivide en (i) suspensiones y paralizaciones y (ii) alteración del centro de gravedad del acarreo.

³⁴⁹ Recuérdese en todo caso que legalmente dicha constitución era improcedente por las razones ya explicadas en la sección anterior sobre Garantías.

2.1. Reclamaciones derivadas de la implementación de la Cláusula 47 sobre "Revisión de Precios"

2.1.1. Definición de la Cuestión

586. El 28 de octubre de 2005 las Partes suscribieron un Acuerdo de Avenimiento (en adelante "AA")³⁵⁰ por el cual reconocieron que la demora en el inicio de la ejecución del proyecto había causado incrementos en los costos del mismo (Cons. Segundo). Para llevar a cabo dicho reconocimiento, las Partes acordaron utilizar el documento "Sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras" preparado en septiembre de 1990 por la Dirección General de Caminos (Cons. Tercero) y aprobado a través del Decreto Ejecutivo No. 29-90 (en adelante "Decreto 29-90").³⁵¹ En el referido AA se estableció el 17 de enero de 2003 (fecha de presentación de la oferta) como fecha para el reconocimiento de mayores costos (Cons. Cuarto). El AA aclara, en su último considerando, que el mismo no produce ninguna modificación al Contrato.
587. La Modificación número 1 al Contrato tuvo lugar el 19 de enero de 2006 ("M1"). En ella se dio eficacia al AA en todos sus términos (Cons. Quinto) y se modificó la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato, referente al *Ajuste de Precios*, permitiendo al Contratista recuperar el incremento de los costos en todos los conceptos del Contrato (Cláusula Segunda).
588. No obstante lo anterior, luego de la firma de la M1, las partes no lograron llegar a un acuerdo respecto a la implementación de la llamada *Cláusula Escalatoria* o de *Revisión de Precios* (Cláusula 47).
589. Los siguientes son los puntos controvertidos, que serán analizados por el Árbitro Único en el orden que sigue: (a) Índices iniciales de mano de obra, específicamente (i) el valor del salario mínimo diario a ser aplicado y (ii) la aplicación del índice de incremento anual del 10%; (b) la aplicación del reconocimiento de mayores costos a los trabajos realizados antes de celebrarse la M1, esto es, las Estimaciones 1 a 12 relativas al periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 2004 (orden de inicio de los trabajos) y el 19 de enero de 2006; (c) el reconocimiento de mayores costos en los trabajos pagaderos por *Administración Delegada* o *Unidad de Tiempo*; y, (d) La aplicación de la fórmula del reajuste de precios a los agregados pétreos.
590. Las reclamaciones de la Demandante derivadas de la implementación de la cláusula 47 sobre Ajuste de Precios, suman un total de USD \$804,140.92. El valor se divide de la siguiente manera:³⁵²

Reclamación	Monto reclamado en USD
Índices iniciales de mano de obra e índice de incremento anual del 10% (¶73 y Apéndice 4, MD)]	\$ 78,217.52

³⁵⁰ Doc. 11, SdA

³⁵¹ Decreto Ejecutivo No. 29-90 publicado en el Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta, el 12 de enero de 1991 en su edición Núm. 26.337. (Elsamex, Doc. D-97, MD)

³⁵² Pág. 10, Sección 2, Listado de Reclamaciones e Importes Reclamados, MD, Elsamex.

Retroactividad en el reconocimiento de mayores costos para trabajos relacionados a las Estimaciones 1 a 12 (¶83 y Apéndice 5, MD)	\$162,233.92
Trabajos de Administración Delegada (¶90 y Apéndice 6, MD)	\$61,225.17
Materiales Pétreos (¶99 y Apéndice 7, MD)	\$502,464.31

a) El valor del salario mínimo a ser aplicado para el índice Mo y la aplicación del índice de incremento anual del 10%

2.1.2. Posición de las Partes

i. Posición de Elsamex

591. La Demandante no está de acuerdo con los índices aplicados por SOPTRAVI para el pago de las Estimaciones 13 a 37 en cuanto al reconocimiento de mayores costos por mano de obra, equipos y lubricantes y materiales.³⁵³ Por lo que, el monto reclamado, USD \$ 78,217.52, consiste en la diferencia entre el valor calculado por Elsamex para el reconocimiento de mayores costos y el valor efectivamente pagado por Honduras. (Elsamex, ¶72, MD)

592. Los puntos sobre los que existe controversia son (i) el valor del salario mínimo a la fecha de licitación (en adelante "Mo"); y, (ii) la aplicación del índice de incremento anual del 10%, los cuales son necesarios para el cálculo del Factor de Ajuste de la Mano de Obra (en adelante "FAM") conforme lo establecido en el Decreto 29-90. (Elsamex, ¶71, MD)

593. Sobre el valor del *Salario Mínimo Diario* (en adelante "SMD") Elsamex sostiene que de acuerdo al Decreto 29-90 el valor del salario mínimo (Mo) que debe aplicarse en la fórmula de reconocimiento es de 65.15 Lempiras /día, pues es el que se encontraba «vigente para la zona del proyecto al momento de la Licitación del Proyecto», esto al 17 de enero de 2003. (Elsamex: ¶71 (i), MD; ¶279, MRFyCR).

594. Elsamex reclama, además, la aplicación del índice de incremento anual (en adelante "IIA") de 1.10 a partir del año 2003 (Elsamex, ¶285, MRFyCR). El 1.10 es el índice de incremento del 10% anual máximo para el personal de campo por encima del peón, hasta un nivel de capataces. (Elsamex, ¶69, MD). La Demandante afirma que Honduras ignora el Decreto 29-90 y aplica el IIA del 10% a partir del 1 de enero de 2004 cuando éste deber ser aplicado a partir del 1 de enero de 2003. (Elsamex, ¶71 (ii), MD).

³⁵³ Elsamex aclara en el ¶289 de su MRFyCR que el índice inicial del diesel (Do) ya no es un tema objeto de controversia entre las partes, por lo que no requiere ser revisado en el presente Laudo.

ii. Posición de Honduras

595. Respecto al valor del salario mínimo a aplicarse para el índice inicial de mano de obra a la fecha de licitación (17 de enero de 2003), la Demandada afirma que debe aplicarse el SMD de 71.00 Lempiras vigente a partir del 1 de enero de 2003 conforme a lo publicado en el Acuerdo del 2003.³⁵⁴ (Honduras, ¶105 [1.1.1], MCD)
596. Sobre el IIA del 10%, el primer aumento al SMD después de la fecha de licitación (17 de enero de 2003) fue a partir del 1 de enero del 2004 y no el 29 de marzo del 2003, como reclama Elsamex, porque en la publicación de La Gaceta No.30,049 de esa misma fecha, en el artículo 2 del Acuerdo del 2003 se establece aprobar una nueva Tabla de Salario Mínimo que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2003 (Honduras, ¶105 [1.1.3], MCD).
597. Las Modificaciones deben ser interpretadas en forma conjunta, a pesar de que el Contrato contiene algunos costos unitarios, estos están sujetos al límite del "monto global" que es el "Precio del Contrato". Por lo tanto, al modificarse la cláusula 47 sólo se cambió la manera en que los elementos fueron calculados pero no la cantidad total a pagarse en virtud del Contrato. (Honduras, ¶163, MDFyRR, ¶108-111, 132 MCH).
598. La M1 redujo la longitud de la carretera a ser rehabilitada por lo que incrementó el ingreso de Elsamex al reducirse la extensión de la obra. A pesar de que el precio del Contrato fue aumentado en las Modificaciones 3 a 5, las partes acordaron en ellas que los argumentos relacionados a dichas modificaciones no serían causal para que el Contratista reclame indemnizaciones adicionales a las allí estipuladas. La Demandante ya fue indemnizada en las modificaciones acordadas. (Honduras: ¶164, 165, MDFyRR; ¶116, 132 MCH).
599. En general, respecto a todas las reclamaciones atinentes a esta sección Honduras considera que los mismos no son "eventos compensables" de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 44 del Contrato (Honduras: ¶162, MDFyRR; ¶112-115, 132, MCH).
600. La parte Demandada no alega nada más en sus actuaciones escritas y orales que responda específicamente a los reclamos hechos por Elsamex objeto de análisis en esta sección.

2.1.3. Decisión del Árbitro Único

601. El Decreto 29-90 establece que el reconocimiento total (RT) en una determinada estimación de obra será la suma de los reconocimientos individuales (RI) que se calculen para cada ítem. A su vez, el RI se calcula multiplicando el monto ejecutado del ítem en cuestión por los factores de ajuste correspondientes al ítem.³⁵⁵ El incremento en los

³⁵⁴ Honduras se refiere al Acuerdo No. STSS 021-03 publicado en el Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta, del 29 de marzo de 2003, Núm. 30,049, ver Doc. D-98, MD, Elsamex.

³⁵⁵ El Decreto 29-90 contiene la siguiente fórmula: $RI = \text{Monto ejecutado del ítem} \times (FAM + FAC + FAR)$. En el ¶69 del MD de Elsamex, ésta explica que dicha fórmula se aplicaba multiplicando el Precio Unitario para cada partida que consta en el Anexo 1 de los Contratos (Po) por la cantidad de trabajo ejecutada hasta la Estimación en cuestión (Q) por el Factor del Ajuste de Precio (FAP) [El FAP es igual a la suma de Factor de Ajuste de la Mano de Obra (FAM), Factor de Ajuste de los Combustibles y Lubricantes (FAC) y Factor de Ajuste de las Reparaciones, Repuestos y Llantas (FAR)], resultando en la siguiente expresión: $RI = Po \times Q \times FAP$.

costos de mano de obra se reconocerá mediante la aplicación del Factor de Ajuste de la Mano de Obra (FAM):

$$\begin{aligned} FAM^{356} &= (IPM) ((0.70 \times 1.10 + 0.30 \times M1/Mo) - 1) \\ &= (IPM) ((0.70 \times \quad + 0.30 \times M1/Mo) - 1) \end{aligned}$$

(resaltado fuera del texto)

602. Las Partes no están de acuerdo respecto a (i) el valor del salario mínimo que debe aplicarse para el ítem Mo y (ii) la aplicación del 1.10 que se refiere al índice de incremento del 10% anual máximo, ambos requeridos para el cálculo del FAM.
603. La Demandante específicamente reclama los índices aplicados por SOPTRAVI para el pago de las Estimaciones 13 a 37. Por lo que, el monto reclamado consiste en la diferencia entre el valor calculado por Elsamex para el reconocimiento de mayores costos y el valor efectivamente pagado por Honduras. (Elsamex, ¶72, MD)
604. El Mo está definido por el Decreto 29-90 como el «*Salario mínimo decretado por el Gobierno, vigente para la zona del proyecto al momento de la Licitación del Proyecto.*» El 1.10 es el índice de «*incremento del 10% anual máximo para el personal de campo por encima del peón, hasta un nivel de capataces.*»
605. La Demandante argumenta que el Mo o SMD vigente al día de la licitación, esto es 17 de enero de 2003, era de 65.15 Lempiras /día conforme lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 011 publicado en La Gaceta del 16 de mayo de 2002 (en adelante "Decreto del 2002").³⁵⁸ Sobre el IIA del 10%, afirma que su aplicación debe hacerse a partir del 1 de enero de 2003 (y no el 1 de enero de 2004 como indica SOPTRAVI) y que el cambio del factor 1.10 a 1.21 se da en el año 2004, pues el segundo incremento del 10% debe aplicarse transcurrido un año contando a partir de la fecha en que ocurre el primer aumento al salario mínimo. Elsamex entiende que la fecha en que ocurrió el primer aumento al SMD fue el 29 de marzo de 2003 con efectos desde el 1 de enero de 2003, no para retrotraer el SMD sino para ser usada como fecha de corte para la aplicación del IIA. (Elsamex: ¶71 (ii), MD; ¶285 y 286, MRFyCR).

³⁵⁶Las siguientes son las definiciones provistas por el Decreto 29-90:

- IPM = Incidencia Porcentual de la Mano de Obra en un ítem dado
- 0.70 = Resulta de distribuir que aproximadamente el 70% del costo de la mano de obra empleado [sic] en un proyecto vial pertenece a la categoría de personal de campo por encima del peón (...)
- 1.10 = Índice [sic] de incremento del 10% anual máximo para el personal de campo por encima del peón, hasta un nivel de capataces, tal lo manifestado en los documentos de licitación.
- 0.30 = Resulta de distribuir que aproximadamente el 30% del costo de mano de obra empleada en un proyecto vial pertenece a la categoría de peón o con funciones y sueldo muy semejantes (...)
- MI = Salario mínimo decretado por el Gobierno, vigente para la zona del proyecto, al momento de ejecutada la estimación presentada.
- Mo = Salario mínimo decretado por el Gobierno, vigente para la zona del proyecto al momento de la Licitación del Proyecto.

³⁵⁷ Elsamex llama a ésta parte de la fórmula Índice de Escalamiento para la Mano de Obra (IEM), $IEM = (0.70 \times 1.10 + 0.30 \times M1/Mo) - 1$

³⁵⁸ Doc. D-99, MD, Elsamex - Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta, 16 de mayo de 2002, Núm. 29,782.

606. La sustentación que la Demandante hace respecto a la aplicación del IIA en sus escritos no es del todo clara y no resulta concordante con la lectura de los documentos aportados. Tal es así que en la página 3 del documento titulado "Criterios para Reconocimiento de Mayores Costos" remitido por ésta a Inocsa el 14 de diciembre de 2005,³⁵⁹ previo a la suscripción de la M1, sobre la aplicación del IIA del 10% indica que el «*Momento de la Licitación*» es diciembre del 2002 «*considerando la fecha de preparación de las ofertas*» y que la «*fecha de [] 1er Aumento al salario mínimo posterior a la licitación*» es el 1 de enero del 2003 «*según Decreto publicado en la Gaceta el 16 de Mayo del 2002*». Después, en comunicación de fecha 19 de julio de 2006³⁶⁰ Elsamex manifiesta que «*el primer aumento de salario mínimo posterior a la fecha [de] la oferta se produce el 29 de marzo del 2003*», fecha en que fue promulgado el Acuerdo 2003.
607. El documento "Criterios para Reconocimiento de Mayores Costos" mencionado en el párrafo anterior, contiene también los factores de incremento del 10% que Elsamex considera pertinentes para los períodos comprendidos entre el 1 de enero al 31 de diciembre de los años 2003 a 2006. Los factores para los años 2007 y 2008 fueron incluidos por la Demandante en el ¶71 (ii) de su MD.³⁶¹
608. Por su parte, Honduras afirma que para el índice inicial de mano de obra (Mo) al 17 de enero de 2003 (fecha de licitación) debe aplicarse el SMD de 71.00 Lempiras vigente a partir del 1 de enero de 2003 (Honduras, ¶105 [1.1.1], MCD), conforme a lo publicado en el Acuerdo No. STSS 021-03 de La Gaceta del 29 de marzo de 2003 (en adelante "Acuerdo del 2003").³⁶² Respecto al IIA del 10%, sostiene que el primer incremento al SMD después de la fecha de licitación es a partir del 1 de enero del 2004 y no el 29 de marzo del 2003 [1 de enero de 2003], como reclama Elsamex, porque en el artículo 2 del Acuerdo del 2003 se establece aprobar una nueva Tabla de Salario Mínimo con vigencia a partir del 1 de enero de 2003. (Honduras, ¶105 [1.1.3], MCD).
609. Manteniendo la posición arriba indicada respecto al IIA, en oficio de fecha 11 de julio de 2006,³⁶³ Honduras comunica a Elsamex que devuelve la Estimación 17 (periodo 21 de mayo al 20 de junio de 2006), que incluye documentación relativa al reconocimiento de mayores costos de las Estimaciones 13 a 17 y le informa que «*el factor de incremento del salario mínimo a partir del 01 de enero de 2006 deberá ser de 1.33 en vez de 1.46*»

³⁵⁹ Oficio TD-90/05, Doc. D-1, MD, Elsamex. El documento consta también en el Informe de Inocsa de Diciembre de 2005, Anexo 9-M, MCD, Honduras.

³⁶⁰ Oficio TD-123/06 de Elsamex a SOPTRAVI incluido en Informe de Inocsa de Julio de 2006, Anexo 9-T, MCD, Honduras.

³⁶¹

Año	IIA
2003	1.10
2004	1.21
2005	1.33
2006	1.46
2007	1.61
2008	1.77

³⁶² Doc. D-98, MD, Elsamex - Diario Oficial de la República de Honduras, La Gaceta, del 29 de marzo de 2003, Núm. 30,049.

³⁶³ Oficio UEBM/BCIE No. 376-06 del 11 de julio de 2006, de la Dirección a Elsamex, Doc. D-11, MCEJ, Elsamex.

610. Elsamex considera que el SMD de 71.00 Lempiras, establecido por el Acuerdo del 2003 no debe ser aplicado retroactivamente pues éste fue publicado en La Gaceta del 29 de marzo de 2003. La Demandante sostiene, también, que la aplicación del SMD antes referido supondría una alteración injustificada e imprevisible de las Condiciones del Contrato, resultando en una modificación unilateral que altera los derechos del contratista en su detrimento y en beneficio de la Administración.³⁶⁴
611. Elsamex, defiende su posición, tanto respecto al Mo como a la aplicación del IIA afirmando que la revisión de precios es un derecho del contratista y ninguna modificación unilateral puede alterar los derechos de éste negativamente, pues en dicho aspecto la Administración y el contratista son esencialmente iguales (Elsamex, ¶280 y 286, MRFyCR).³⁶⁵
612. Este Árbitro Único no coincide con la posición de Elsamex respecto a que la aplicación del SMD establecido en el Acuerdo del 2003 supone una alteración injustificada e imprevisible de las Condiciones del Contrato por las consideraciones que se expondrán a continuación. La afirmación de la Demandante respecto a que la revisión de precios es un derecho del contratista se tratará más adelante en esta sección del Laudo.
613. El Decreto del 2002 en su artículo 2 establece que la tabla de salario mínimo para dicho año «*será efectiva a partir del uno de mayo al treinta y uno de diciembre de dos mil dos*». Por su parte, la Ley del Salario Mínimo en su Capítulo XV, De la Revisión de los Salarios Mínimos,³⁶⁶ dispone lo siguiente:

«Artículo 35. *Los Salarios Mínimos deberán ser revisados por lo menos una vez (1) al año en el mes de diciembre, para que entre en vigencia [sic] en enero del siguiente año, tomando en cuenta la variación del promedio de la inflación acumulada a noviembre.»*

614. Así, al 17 de enero de 2003, fecha de la licitación, era de conocimiento público el hecho de que los salarios mínimos en Honduras son revisados todos los años y que el valor fijado para el mismo mediante el Decreto del 2002 expiraba el 31 de diciembre de 2002.
615. Es cierto que a enero del 2003, aún no se había fijado el valor del SMD para ese año. La Comisión de Salario Mínimo, conformada por los representantes patronales y obreros no logró llegar a un acuerdo respecto a la fijación del mismo; por lo que, en marzo del

³⁶⁴ ¶279-282, MRFyCR, Elsamex.

³⁶⁵ Para sustentar su aseveración, Elsamex hace referencia al siguiente texto del libro “La Contratación Administrativa en Honduras” del autor Edmundo Orellana, Editorial Edigrafic, S. de R.L, enero de 2003, Apéndice AP32 del Memorial de Réplica Pág. 466: «*El artículo 119, numero 2, dispone que la modificación se entiende sin perjuicio de las compensaciones económicas que correspondan al contratista. El equilibrio económico-financiero del contrato debe ser respetado. Ninguna modificación unilateral, entonces, puede alterar los derechos del contratista negativamente, pues en este aspecto la Administración y el contratista son esencialmente iguales.*» A juicio de este Árbitro, el texto citado por la Demandante se encuentra fuera de contexto respecto a lo argumentado. La sección del libro en donde se encuentra el texto citado (Páginas 463 a 468), se refiere a aquellas modificaciones unilaterales en los términos del contrato que son impuestas por la administración en el ejercicio de sus prerrogativas.

³⁶⁶ Ley del Salario Mínimo, Decreto 103, 20 de enero de 1971. Disponible en: <http://www.trabajo.gob.hn/organizacion/dgt-1/direccion-general-de-salarios/leyes-y-decretos/ley%20del%20salario%20minimo.pdf/view>

2003 el Gobierno de la República de Honduras promulgó el Acuerdo del 2003 fijando el SMD que regiría para ese año.³⁶⁷

616. El Acuerdo del 2003, en su artículo 2 aprueba una nueva Tabla de Salario Mínimo por jornada ordinaria y determina que la misma «*entrará en vigencia a partir del uno de enero del dos mil tres*». Para el efecto, establece en su artículo 3 que «*los valores de incremento al salario mínimo correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo del dos mil tres (2003)*» deberán ser amortizados en un plazo máximo de tres meses.

617. Era previsible, entonces, para el Contratista, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley del Salario Mínimo y la esencia proteccionista del derecho laboral, la fijación del SMD para el año 2003 y la posibilidad de que sus efectos se retrotraigan a enero de dicho año.³⁶⁸ Cabe mencionar, también, que la Constitución de Honduras en su artículo 128³⁶⁹ establece que las normas laborales son de orden público y que el salario mínimo deberá ser fijado periódicamente con intervención del Estado.

618. En cuanto a la fecha en que debe producirse el cambio del IIA del 10%, el Procedimiento de SOPTRAVI de 1991, en su página 4, establece lo siguiente respecto a la aplicación del IIA:

«El factor de 1.10 se mantendrá invariable por el término de un año contado a partir de la fecha en que ocurre ese primer aumento al salario mínimo posterior a la licitación. El segundo incremento del 10% para las categorías por encima del peón (cambio de factor a 1.21) se comenzará a aplicar al cumplirse un año contado desde la fecha en que ocurre el primer aumento del Salario Mínimo con posterioridad a la fecha de licitación o recepción de la oferta respectiva.»

619. El Acuerdo del 2003 fijó el SMD que regiría para el año 2003. Como quedó expresado en párrafos anteriores, debe distinguirse la fecha en que se publica una norma (29 de marzo de 2003) y aquella para la cual se fija su vigencia. El Acuerdo del 2003 le dio efectividad al SMD a partir del 3 de enero del mismo año. La licitación tuvo lugar el 17 de enero del 2003. Siguiendo la tesis recogida en los numerales anteriores y aplicando el procedimiento arriba descrito debe considerarse que el primer aumento del salario mínimo después de la fecha de licitación se produjo en el año 2004. Por lo que, el segundo incremento del 10% del IIA, esto es, el cambio al factor 1.21 debe aplicarse a partir del 1 de enero de 2005.

620. Por lo antes expuesto (i) el valor del salario mínimo que debe aplicarse para el ítem Mo es el de 71 Lempiras, con vigencia desde el 1 de enero de 2003, conforme lo establecido en el Acuerdo del 2003; y, (ii) la aplicación del índice de incremento anual máximo del

³⁶⁷ Ver Considerandos del Acuerdo de 2003.

³⁶⁸ A pesar de que el Árbitro Único no considera que en el tema en análisis se haya emitido una ley con carácter retroactivo, puesto que la Ley del Salario Mínimo data del año 1971, no está de más indicar que aunque la regla general es que las normas deben regir para lo venidero, se suele admitir que el legislador puede dar efecto retroactivo a aquellas normas de "interés o de orden público."

³⁶⁹ Honduras, Anexo 56, MCD.

10% debe mantenerse invariable durante el año 2004 y su primer incremento o cambio de factor tiene lugar en el año 2005, conforme al cuadro siguiente:

Año	IIA
2003	-
2004	1.10
2005	1.21
2006	1.33
2007	1.46
2008	1.61

b) Retroactividad en el Reconocimiento de Mayores Costos en las Estimaciones 1 a 12

2.1.4. Posición de las Partes

i. Posición de Elsamex

621. La Demandante reclama el valor de USD \$162,233.92 por el reconocimiento de mayores costos de obra relativos a las Estimaciones 1 a 12. El reclamo comprende el periodo que comienza el 19 de noviembre de 2004 (con la Orden de Inicio de los Trabajos dada por SOPTRAVI) y el 19 de enero de 2006. La Demandante sostiene que a la fecha de presentación de la primera Estimación (18 de marzo de 2005) los precios eran ya obsoletos, viéndose alterado el equilibrio económico-financiero del Contrato, por lo que, correspondía a la Administración restablecer el equilibrio económico por vía de la revisión de precios. Respalda su argumento citando los artículos 76 de la LCE y 194 y siguientes del RLCE. (Elsamex: ¶74, 75 MD; ¶294-309, MRFyCR).

622. La Demandante afirma que la confianza en que el AA y la M1 aplicarían para todas las estimaciones fue lo que la llevó a firmar dichos documentos (Elsamex, ¶80 y 81, MD). Indica además, que la Demandada era consciente de que las partes acordaron que los mayores costos debían ser reconocidos desde el 17 de enero de 2003 y por ello intentó que se firme una Adenda a la M1³⁷⁰ en la cual buscaba que dicho reconocimiento aplicara únicamente a las estimaciones emitidas a partir de la M1 (19 de enero de 2006) (Elsamex, ¶82, MD).

623. Elsamex sostiene que la revisión de precios constituye un derecho *ex lege* para el Contratista conforme a lo establecido en el artículo 124 de la LCE, de modo que no se requiere que esté convenido en el Contrato para que la revisión sea exigible, siempre que se configuren los presupuestos establecidos por la Ley (Elsamex, ¶299, MRFyCR). Añade que el hecho de que el Contrato original no haya permitido la revisión de precios vulnera lo establecido en los artículos 76 de la LCE y 195 del RLCE (Elsamex, ¶310, MRFyCR).

624. SOPTRAVI se ha negado a reconocer el incremento total de costos reclamados basándose en el artículo 96 de la Constitución de Honduras sobre irretroactividad de las

³⁷⁰ Las Partes no han aportado copia del texto de la Adenda propuesta a la M1 y además este hecho nunca se concretó por lo que el Árbitro Único se abstendrá de analizarla.

normas. Las obligaciones contractuales entre Elsamex y Honduras no pueden equipararse a una "Ley", aunque el Contrato haya requerido aprobación del Congreso, estos instrumentos legales no tienen rango de ley (Elsamex, ¶79, MD y ¶320, MRFyCR). Por lo anterior, el argumento de la Demandada carece de fundamento jurídico, legal y contractual (Elsamex, ¶291, MRFyCR).

ii. Posición de Honduras

625. Sobre la aplicación de la retroactividad para las Estimaciones reclamadas, Honduras sostiene que Inocsa reconoció mayores costos para las actividades ejecutadas a partir del 19 de enero de 2006, fecha en que entró en vigencia la Modificación No. 1. Ya que la Modificación No. 1 no indica retroactividad alguna, ésta no es aplicable; por lo tanto, no es aplicable el pago del reconocimiento de mayores costos de las actividades ejecutadas en el proyecto desde noviembre del 2004 al 18 de enero de 2005, antes de entrar en vigencia la Modificación No. 1. (Honduras, ¶105 [1.2], MCD).
626. El Árbitro Único se remite a lo señalado en los ¶597 a 599 supra, ya que la parte Demanda ha aplicado los referidos argumentos de forma general al conjunto de las reclamaciones contenidas en esta sección.

2.1.5. Decisión del Árbitro Único

627. Tal como se evidencia en el Cons. Segundo del AA suscrito por las Partes, el retraso en el inicio de la ejecución del proyecto se dio por causas no imputables al Contratista. La Orden de Inicio de los Trabajos fue emitida por SOPTRAVI el 19 de noviembre de 2004³⁷¹ y Elsamex emitió su primera Estimación el 18 de marzo de 2005. Habiendo transcurrido más de un año y medio entre la firma de los Contratos y la Orden de Inicio y casi dos años hasta la fecha de la primera Estimación el contratista informó a la Administración que los precios unitarios establecidos en la oferta y el Contrato eran ya obsoletos (Elsamex, ¶74-76 MD).
628. Por lo anterior, Elsamex afirma que, conforme a lo pactado en el Acuerdo de Avenimiento, la Demandada debe reconocer el valor de USD \$162,233.92³⁷² en razón de mayores costos de obra relativos a las Estimaciones 1 a 12. Dichas Estimaciones comprenden el periodo que abarca el 19 de noviembre de 2004 (con la Orden de Inicio de los Trabajos) al 19 de enero de 2006 (con la suscripción de la M1). Indica además que la revisión de precios constituye un derecho del contratista. Honduras, por su parte, considera que el reconocimiento de mayores costos antes de la vigencia de la M1 no es aplicable pues, además de contradecir lo establecido en el artículo 96 de la Constitución, la M1 no contempla expresamente la retroactividad para el reconocimiento de los precios.³⁷³

³⁷¹ En la Pág. 50 del Anexo 4 al MCD de Honduras consta el Oficio DGC No. 2679-04, del 17 de noviembre de 2004, por el cual SOPTRAVI comunica a Elsamex que autoriza el inicio de los trabajos a partir del 19 de noviembre de 2004.

³⁷² Este valor ha sido calculado por la Demandante con los índices iniciales de SMD e índice de incremento anual reclamados (Apéndice 5, y ¶83, MD) y que han sido objeto de decisión del Árbitro Único en el ¶623 de esta sección.

³⁷³ La posición de Honduras es explicada en el oficio UEBM/BCIE No. 116-06, dirigido por la Dirección a Elsamex el 23 de marzo de 2006 (Elsamex, Doc. D-5, MCEJ): «Los contratos originales fueron aprobados por el Congreso Nacional de la República, y consecuentemente la Modificación No. 1 suscrita el 19 de Enero de 2006, deberá

629. El artículo 96 de la Constitución de Honduras determina que la Ley no tiene efecto retroactivo.³⁷⁴ La posición de la Demandada es que debido a que los Contratos fueron aprobados por el Congreso Nacional y la M1 debía también someterse a dicha aprobación, esto les da carácter de ley y «ninguna normativa o ley puede tener carácter retroactivo».³⁷⁵ Si bien los Contratos recibieron aprobación legislativa,³⁷⁶ no consta del expediente que las modificaciones hayan recibido tal aprobación.

630. El primer Considerando de los Decretos que aprueban los Contratos establece que corresponde al «Congreso Nacional aprobar o improbar los contratos que lleven involucradas exenciones, incentivos y concesiones fiscales o cualquier otro contrato que haya de producir o prolongar sus efectos al siguiente período de Gobierno de la República». Es opinión de este Árbitro que dicha aprobación legislativa, por ningún motivo le otorgó al Contrato categoría de Ley. El contrato no es una norma de aplicación general en la República de Honduras y por lo tanto está fuera del objeto que la disposición constitucional quiere salvaguardar. Lo dicho es respaldado por el artículo 122 de la LCE, que en su último párrafo establece que las modificaciones a los contratos aprobados por el Congreso Nacional, en las circunstancias presentes, no requerirán de nueva aprobación. Lo cual, evidentemente, es distinto en el caso de una Ley. El contrato es un acto jurídico distinto a la Ley que aprueba el mismo. Lo anterior fue confirmado recientemente en el caso *Astaldi c. Honduras*³⁷⁷ y es reiterado por la doctrina al sostener que según la legislación de Honduras «no son leyes los contratos sobre los que recae una aprobación legislativa. Será ley la aprobación, pero no el contrato objeto de ésta.»³⁷⁸

631. Respecto a la aseveración de que la M1 no contempla expresamente la retroactividad para el reconocimiento de los precios, dicha modificación en su Cons. Quinto establece que el AA será de aplicación en todos sus términos. Por su parte, la estipulación Cuarta del AA establece lo siguiente:

someterse asimismo a la aprobación del Congreso Nacional, de conformidad al Artículo 205, numeral 19 de la Constitución de la República. Una vez legalizada debidamente la mencionada Modificación No. 1 de contrato, mediante la aprobación del Poder Legislativo, la aplicación de la Cláusula Escalatoria tendría que darse sobre las estimaciones de obra correspondientes a ejecuciones o trabajos realizados con posterioridad a la fecha de su respectiva suscripción, ya que ninguna normativa o ley puede tener carácter retroactivo, según el Artículo 96 de la Constitución de la República. Adicionalmente no hay ninguna provisión ni en el Acuerdo de Avenimiento ni en la Modificación No. 1 que nos señale expresamente que la aplicación del escalamiento de precios y de los nuevos ítems de obra, se hará de forma retroactiva desde el propio inicio de las obras.» La misma posición fue reiterada en el año 2008 en las recomendaciones hechas por Inocsa a SOPTRAVI para dar respuesta a los reclamos de Elsamex, transmitidas mediante Oficio No. RL-38/2008 del 5 de marzo de 2008. Inocsa consideró que el reclamo no procedía y manifestó: «se han reconocido mayores costos desde que entró en vigencia la modificación 1, es decir, desde el 19 de enero de 2006 y para las actividades que se ejecutaron posteriormente a esa fecha. El documento no indica retroactividad alguna por lo que ésta no debería ser aplicable.»

³⁷⁴ Constitución Política de la República de Honduras de 1982. Anexo 56, MCD, Honduras.

³⁷⁵ Ver nota al pie número 383.

³⁷⁶ Decretos No.128-2003 (La Gaceta, 19 de noviembre de 2003, Núm. 30,243) y Decreto No. 132-2003, Documento 1 de la Solicitud de Arbitraje.

³⁷⁷ *Astaldi S.p.A. c. la República de Honduras* (Caso CIADI No. ARB/07/32), ¶ 29, Pág. 36: «El acto de aprobación del Contrato por el Congreso Nacional, dada la calificación que le otorga el Artículo 205 antes referido, en virtud de la condición de ser un acto de exoneración tributaria, no puede implicar que los contenidos del contrato documento se conviertan, por esa misma razón, en normas legales (Artículos), con la naturaleza y la fuerza jurídica de una ley común. Su valor queda limitado por el Artículo 205, a ser una autorización genérica de exoneración tributaria otorgada por el Órgano Legislativo del Estado Hondureño.» (Anexo Jurídico 18, MRFyCR, Elsamex)

³⁷⁸ Orellana, E. *óp. cit.*, Pág. 421.

«CUARTO: *Ambas partes acuerdan que para el reconocimiento de mayores costos de las unidades de obras incluidas en la propuesta se fija a partir del 17 de Enero de 2003, fecha en que fue presentada la oferta (...)*»

632. Es claro entonces que al 28 de octubre de 2005, fecha de firma del AA, las partes estaban de acuerdo en que el reconocimiento de mayores costos se aplicaría desde el inicio de las obras.

633. Sin perjuicio de lo antes expresado, es procedente el reconocimiento de mayores costos desde la Orden de Inicio de los Trabajos (19 de noviembre de 2004) y por lo tanto desde la emisión de la primera Estimación (18 de marzo de 2005) pues éste es un derecho del contratista reconocido en la LCE. Así su artículo 124, numeral 2, determina:

«ARTICULO 124.-Derechos de los contratistas.
Los contratistas tendrán los derechos siguientes:
(...)
2) Derecho al reconocimiento de mayores costos según los términos de esta Ley;»

634. De acuerdo con la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, la revisión de precios es una forma de ejercer el derecho del contratista a que se mantenga el equilibrio económico del contrato.³⁷⁹ Es así que el artículo 74 de la LCE, en concordancia con el 197 del RLCE, reconoce como obligación de la Administración ajustar mensualmente el total de los incrementos en los precios del contrato causados por variaciones de las condiciones económicas.³⁸⁰ Es más, el artículo 195 del RLCE establece que para el cumplimiento del artículo 74, los contratos de obra pública deberán incluir una cláusula de revisión de precios, detallando la fórmula o sistema de revisión aplicable.³⁸¹ En

³⁷⁹ RLCE: **«Artículo 194. Riesgo del contratista.** *La ejecución del contrato de obra pública se realizará por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato en los términos que disponen los artículos 195, 196 y 197 de este Reglamento. La Administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas del respectivo contrato.»*

³⁸⁰ **«ARTICULO 74.-Revisión de precios.** *La Administración ajustará mensualmente el total de los incrementos o decrementos de los precios del contrato causados por variaciones de las condiciones económicas, incluyendo inflación, devaluación monetaria, nuevas leyes y otros factores que incidan en los costos de la obra. Para los efectos de los incrementos previstos en el párrafo anterior, deberán acreditarse los aumentos que se suceden sobre la base de los precios iniciales, durante la ejecución del Contrato. Se exceptúan del reconocimiento de incrementos los materiales que hubieren sido adquiridos con el anticipo recibido por el contratista a los que le hubieren sido pagados con anticipación. Todo contrato deberá establecer los medios de control indispensables para la correcta aplicación de esta disposición.»*

«Artículo 197. Significado del ajuste mensual. *El ajuste mensual a que hace referencia el artículo 74 de la Ley se entiende aplicable en relación con las facturas o estimaciones por obra ejecutada que deberá presentar el contratista a la Administración para fines de pago, a las cuales se aplicará, la o las fórmulas de revisión de precios, siempre y cuando ocurran las variaciones que determinen su aplicación. Los cálculos correspondientes se harán de acuerdo con la información oficial que acredite las variaciones que ocurran.»*

³⁸¹ **«Artículo 195. Revisión de precios.** *Para los fines de los artículos 74 y 76 de la Ley, los contratos de obra pública, con excepción de los que se refieran a reparaciones o modificaciones menores con plazo hasta de seis meses, incluirán una cláusula de revisión de precios, detallando la fórmula o sistema de revisión aplicable. Las fórmulas tendrán carácter oficial y se aprobarán observando lo previsto en los artículos 31 numeral 9) y 76 de la Ley; el contrato establecerá, además, el método o sistema para la aplicación correcta de las referidas fórmulas.*

consecuencia, la aplicación del reajuste de precios para mantener el equilibrio económico del contrato no depende de una cláusula contractual (como en la LCE derogada), sino que deriva expresamente de la ley. No se requiere, entonces, para exigir la revisión que ésta se haya convenido en el contrato.³⁸² El Árbitro no encuentra relación en el presente tema con el argumento de la Demandada respecto a que la Demandante ya fue indemnizada en las Modificaciones No. 3 a 5, pues como se ha explicado en este Laudo, dichas modificaciones tratan sobre temas distintos a la revisión de precios.

635. El reconocimiento de mayores costos debe realizarse a solicitud del contratista, pues éste debe demostrar el incremento acontecido durante la ejecución del Contrato sobre la base de los precios iniciales.³⁸³ Debe mencionarse que están excluidos de la revisión de precios aquellos incrementos ocurridos durante la prórroga del plazo otorgada por causas imputables al Contratista.³⁸⁴ Honduras no ha hecho ninguna alegación en ese sentido, ni señalado documento en el expediente que así lo compruebe.

636. En cambio, consta probado en el expediente que en Oficio TD-57/05 dirigido a SOPTRAVI, de fecha 7 de julio de 2005, la Demandante, menciona que el retraso en el inicio de las obras se dio por los trámites necesarios para la financiación de la misma y el cambio en el diseño y señala: «Nuestra oferta fue presentada el 17 de enero de 2003, hace dos años y medio, sin que la causa del retraso en el comienzo de los trabajos sea imputable a nuestra sociedad.» Para luego continuar y solicitar el «restablecimiento de los costos unitarios de todas las unidades de obra; unas, por ser nuevas y otras porque, habiendo transcurrido dos años y medio desde nuestra oferta, se han producido fuertes variaciones en los componentes de los precios en dólares.»

637. Lo anterior es confirmado por la Unidad Coordinadora del Banco Mundial al Director General de Carreteras el 22 de julio de 2005, mediante Oficio UCBM No.160-05 en el que afirma:³⁸⁵

«Es indiscutible el prolongado plazo que tomó la suscripción y posterior legalización de este contrato especialmente por la mecánica de la fuente financiera en estos casos, donde primero se firman los contratos comerciales y luego se inicia el proceso de formalización del Convenio de Crédito a través del cual se financian las obras. Vale enfatizar en que transcurrieron alrededor de 18

(...)»

³⁸² Orellana E, *óp. cit.*, Págs. 365, 498.

³⁸³ Artículos 74 LCE y 196 RLCE

³⁸⁴ LCE: «**ARTICULO 75.-Plazo.** El reconocimiento de mayores costos se aplicará durante el plazo original del contrato y los plazos contemplados en las ampliaciones debidamente justificadas. Cuando el Contratista concluya la obra fuera del plazo establecido en el contrato, el precio de los materiales o servicios en dicho período será el que hubiere estado vigente al momento de vencer el último plazo cubierto con la cláusula de reconocimiento de mayores costos.»

RLCE: «**Artículo 198. Plazos y exenciones.** Los contratistas tendrán derecho a la revisión de precios en cualquiera de las modalidades a que hace referencia el artículo 195 de este Reglamento, siempre que cumplieren estrictamente el plazo contractual, incluyendo los plazos parciales que se hubieren convenido, ejecutando fielmente la obra al ritmo previsto. Las prórrogas otorgadas por causas no imputables al contratista se entenderán cubiertas con la citada cláusula; por el contrario, si hubieren atrasos que le fueren imputables se aplicará lo previsto en el artículo 75 párrafo segundo de la Ley.»

³⁸⁵ D-190, MRFyCR, Elsamex

meses entre la fecha de licitación (17 de enero de 2003) y la completa legalización de los documentos contractuales y el Convenio de Préstamo (Agosto 2004), periodo durante el cual los precios ofertados sufrieron ciertas alzas en los principales insumos del contrato, especialmente los drásticos aumentos en los derivados del petróleo, situación considerada ajena a la responsabilidad y control del contratista.»

638. Por lo tanto, el Contratista solicitó el reajuste de precios en reiteradas ocasiones antes de la firma del AA y de la Modificación No. 1.

639. Sobre la alegación de Honduras respecto a que el Contrato es por un "precio global" y que al modificarse la cláusula 47 sólo se cambió la manera en que los elementos fueron calculados pero no la cantidad total a pagarse en el mismo,³⁸⁶ y que las modificaciones deben ser interpretadas en conjunto, este Árbitro no encuentra ningún fundamento, ni relación entre dichas aseveraciones y el tema en cuestión. El artículo 191 del RLCE establece que «*excepcionalmente, cuando la naturaleza de la obra lo permita, se podrá establecer el sistema de pago a precio global o alzado, sin existencia de precios unitarios*». Así mismo, el autor Edmundo Orellana al referirse a la modalidad de "precio global" escribe: «*el pago no podrá hacerse mediante la presentación de facturas o estimaciones periódicas, porque la modalidad exige que el pago sea global, por eso se indica que no se fijarán precios unitarios.*»³⁸⁷ Los asuntos en controversia dentro del proceso y la revisión del expediente demuestran que, contrario al argumento de la Demandada, las Partes pactaron precios unitarios dentro del Contrato y los pagos por los trabajos ejecutados eran efectuados por Honduras tras la presentación de estimaciones periódicas por el Contratista. Lo anterior desestima en su totalidad la alegación de la Demandada.

640. En consecuencia, procede el reclamo de la Demandante y la República de Honduras deberá pagar **USD\$143,246.63** en razón del reconocimiento de mayores costos para las Estimaciones 1 a 12. Para el cálculo del valor antes referido se ha ajustado el factor Mo y el IIA conforme a lo resuelto por este Árbitro Único en el ¶620 de esta sección.

c) Reconocimiento de mayores costos en los trabajos de Administración Delegada

2.1.6. Posición de las Partes

i. Posición de Elsamex

641. Elsamex reclama USD \$61,225.17 por la diferencia entre los valores pagados por Honduras para el concepto de Administración Delegada (en adelante "AD") ejecutados a

³⁸⁶ Honduras: ¶163, MDFyRR; ¶68, 108-111, 132, e) Conclusiones, MCH.

³⁸⁷ Orellana E., *La Contratación Administrativa en Honduras*, Primera Edición, Tegucigalpa, Edigrafic, S. de R.L., enero 2003. Pág. 354.

partir de la M1 y el monto resultante tras la aplicación de la metodología para el reconocimiento de mayores costos. (Elsamex, ¶87, MD).

642. Los retrasos en el inicio de la obra causaron que los precios de AD deviniesen obsoletos, lo cual fue notificado a Inocsa el 14 de diciembre de 2005 (Elsamex, ¶86, MD). A pesar de que el Decreto 29-90 no se refiere expresamente a los trabajos de AD, SOPTRAVI aceptó aplicar dicha fórmula a todos los trabajos objeto de los Contratos en la M1. (Elsamex: ¶87, MD; 324, MRFyCR).

ii. Posición de Honduras

643. Sobre los trabajos de AD no procede el reclamo debido a que en la Cláusula 47.1 de la M1, sobre Ajuste de Precios, ambas partes aceptan utilizar la metodología aprobada mediante el Decreto 29-90 y en la misma no se contempla el Incremento de Mayores Costos para trabajos realizados por Administración Delegada (Honduras, ¶105 [3], MCD).

644. El Árbitro Único se remite a lo señalado en los ¶597 a 599 supra, ya que la parte Demanda ha aplicado los referidos argumentos de forma general al conjunto de las reclamaciones contenidas en esta sección.

2.1.7. Decisión del Árbitro Único

645. La Administración Delegada consiste en aquellas labores que se pagan por hora de trabajo invertido según categoría de mano de obra, aplicación de un material o utilización de determinados equipos, para la ejecución de una partida de trabajo. Para el cálculo de su precio sólo son relevantes el número de horas invertidas (Elsamex, ¶84, MD). El Anexo II de los Contratos y la Modificación No. 1 recogen los precios de administración delegada para personal, materiales y equipos.

646. Elsamex asevera que los mayores costos por los trabajos de AD deben ser reconocidos por la Demandada debido a que fue lo acordado en la M1 (Elsamex, ¶324, MRFyCR), por lo que reclama el valor de **USD\$61,225.17**.³⁸⁸ Dicho monto, conforme afirma la Demandante, es la diferencia entre los valores pagados por Honduras por los trabajos ejecutados a partir de la M1³⁸⁹ y los precios unitarios resultantes tras la aplicación de la metodología para el reconocimiento de mayores costos (Elsamex, ¶87, MD). Honduras, en cambio, indica que la AD no está contemplada en el Decreto 29-90 por lo que el reclamo de Elsamex no procede (Honduras, ¶105 [3], MCD).

647. Si bien la metodología para el reconocimiento de mayores costos, aprobada a través del Decreto 29-90, no menciona específicamente una fórmula que cubra el incremento de precios en los trabajos de Administración Delegada, no es menos cierto que en la M1, al modificar la cláusula 47 de las Condiciones del Contrato, las partes acordaron que se reconocerían todos los conceptos del mismo. El texto de dicha cláusula es el que sigue:

³⁸⁸ De la revisión del Apéndice 6 al MD, el Árbitro Único encuentra que este valor ha sido calculado por la Demandante con los índices iniciales de SMD e IIA reclamados y que han sido objeto de decisión del Árbitro Único en el ¶623 de esta sección.

³⁸⁹ El cálculo en el Apéndice 6 al MD incluye valores por AD anteriores a la M1 (la cual fue suscrita el 19 de enero de 2006) esto es, Estimaciones 1 a 12. El Árbitro únicamente analizará si procede el reconocimiento de mayores costos a partir de la M1, conforme lo solicitado por la Demandante en el ¶87 de su Memorial de Demanda.

«47. Ajuste de precios

47.1 Para efectos de realizar el reconocimiento de los incrementos en los costos, para todos los conceptos del Contrato, incluyendo los materiales pétreos triturados comprendidos en las unidades de obra del contrato, ambas partes aceptan utilizar la metodología establecida en el documento preparado por la Dirección General de Caminos en Septiembre de 1990 titulado "Sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras", cuya aprobación se materializó a través de decreto ejecutivo No. 29-90 de fecha 26 de Diciembre de 1990 publicado en La Gaceta Diario oficial de la República, el 12 de Enero de 1991 en su Edición No.26337.»
(Subrayado fuera del texto)

648. Tal es así, que el Anexo II³⁹⁰ a la Modificación No. 1, incluye la lista de precios unitarios correspondientes a los trabajos por AD.
649. Conforme quedó establecido en el apartado b) de esta sección, el reajuste de precios es un derecho del contratista necesario para el mantenimiento del equilibrio-económico del Contrato. En este caso, las Partes específicamente pactaron que dicho ajuste se aplicaría para todos los conceptos del Contrato; y, conforme a lo establece el numeral 1 del artículo 124 de la LCE «los contratistas tienen derecho a la plena ejecución de lo pactado».
650. Con fecha 14 de diciembre de 2005, Elsamex remitió a Inocsa el documento titulado *Criterios para Reconocimiento de Mayores Costos*.³⁹¹ En la página 4 del mismo, indica que «los precios ofertados para el equipo, materiales y mano de obra a ser utilizados para trabajos por día o Administración Delegada, se encuentran desactualizados y consecuentemente requieren de ser ajustados.» Elsamex afirma en el mismo documento que el Decreto 29-90 no contempla el ajuste de precios para los trabajos por día, por lo que propone al Contratante «cambiar la modalidad de pago establecida en el contrato para los trabajos por día por el procedimiento que normalmente aplica la SOPTRAVI para este propósito (...)». Consta, entonces, del expediente que Honduras tenía conocimiento de la necesidad de implementar un proceso para el reconocimiento de mayores costos por AD antes de la suscripción de la Modificación No. 1 el 19 de enero de 2006.³⁹²
651. La Administración era consciente de las obligaciones que asumió con el Contratista al suscribir la Modificación No. 1, esto se muestra en varios de los informes de Inocsa:

³⁹⁰ Págs. 5 y 6 de la M1. Honduras, Anexos 1-A y 1-B, MCD.

³⁹¹ Oficio TD-90/05 de Elsamex a Inocsa, Honduras, Anexo 9-M, MCD, Informe de Inocsa de Diciembre 2005. Elsamex, Doc. D-1, MCEJ.

³⁹² En el oficio consta que éste fue recibido por Inocsa y la DGC U.E. del Banco Mundial el 15 de diciembre del 2005.

652. «Actualmente tenemos el problema de el [sic] reconocer los mayores costos para los agregados pétreos y los trabajos por unidad de tiempo en vista de que el decreto 29-90 nos [sic] los incluye, sin embargo el contrato modificado los incluye dentro del mismo decreto[.]» (Informe de Inocsa de febrero de 2006)³⁹³
653. «El contrato Modificado incluye la cláusula escalatoria, el contratista presentó estimación con este concepto, sin embargo debido al problema de la utilización del decreto 29-90 en la aplicación del reconocimiento de los mayores costos, en la reunión del 24 de Marzo se determinó que hasta tanto el Departamento Legal no defina la legalidad de este reconocimiento en lo relacionado a los materiales pétreos y trabajos por unidad de tiempo se excluirá de las estimaciones de pago el reconocimiento de los mayores costos» (Informe de Inocsa de marzo de 2006)³⁹⁴
654. «Es importante definir la legalidad de lo ordenado en el contrato modificado en lo referente a reconocer los mayores costos de los materiales pétreos y los trabajos por unidad de tiempo, en vista de que este contrato ordena que se reconozcan de acuerdo al decreto 29-90, y este decreto no incluye estos conceptos.» (Informe de Inocsa de agosto de 2006)³⁹⁵
655. Por lo tanto, si era de conocimiento de Honduras, antes de la suscripción de la M1, que el Decreto 29-90 no contemplaba el concepto de AD, resulta cuestionable el que no haya aplicado lo establecido en la LCE, la cual en su artículo 76, en concordancia con los artículos 195 y 196 del RLCE, faculta a la Administración a aprobar formulas para el reconocimiento de los incrementos de costos relacionados con la obra.³⁹⁶ Inclusive, el texto del Decreto 29-90 establece en el segundo párrafo de la sección C) que «la Dirección General de Caminos SECOPT, queda facultada para realizar los análisis correspondientes a efecto de evaluar y ajustar el procedimiento, si fuere el caso, con el propósito de perfeccionar su aplicación»³⁹⁷ y el documento de SOPTRAVI (antes SECOPT) titulado "Procedimiento para el Reconocimiento de Mayores Costos por la Formula (Resumen, Noviembre 1991)"³⁹⁸ (en adelante "Procedimiento de SOPTRAVI de

³⁹³ Sección 3.3. Aspectos que requieren decisión de la Dirección General de Carreteras, Pág. 16, Anexo 9-O, MCD, Honduras.

³⁹⁴ Sección 11.3, Comportamiento General de la Cláusula Escalatoria, Pág. 34, Anexo 9-P, MCD, Honduras. En el mismo sentido, consta el oficio IR-38/2006 del 11 de marzo de 2006, dirigido por Inocsa a Elsamex: «Por este medio le estamos regresando las Estimaciones de Pago de Obra del Proyecto de la referencia No. 11 y 12 correspondientes a los meses de Enero y Febrero del año 2006, que de acuerdo a [sic.] compromiso asumido en la reunión que sostuvimos el día de ayer en el despacho del Sr. Viceministro de Obras Publicas se regresarían al Contratista. El motivo de la devolución es que, el concepto del Reconocimiento de los Mayores costos por medio del Decreto 29-90, no incluye o no esta bien definido como se pagara este incremento para los ítems Trabajos par unidad de Tiempo y los Materiales Pétreos, hasta que se llegue a un acuerdo entre las partes, los Certificados de Pago excluirán estos conceptos de obra.» (Elsamex, Doc. D-7, MCEJ).

³⁹⁵ Sección 10. Conclusiones y Recomendaciones, Pág. 30, Anexo 9-U, MCD, Honduras.

³⁹⁶ «ARTICULO 76.-Utilización de índices u otros procedimientos. La Administración analizará y aprobará fórmulas para el reconocimiento de los incrementos de costos estrictamente relacionados con la obra, con base en los índices oficiales de precios y costos elaborados por el Banco Central de Honduras, la Cámara Hondureña de la Industria y la Construcción u otros Organismos, debiendo indicarse lo procedente en el Pliego de Condiciones y en el Contrato, incluyendo el procedimiento de aplicación que corresponda. En contratos de corto plazo hasta de seis (6) meses, también podrán preverse sistemas alternativas [sic] de ajuste de incremento de costos.»

³⁹⁷ El mismo texto consta también en la Página 10, literal A de la sección Consideraciones Especiales del documento "Procedimiento para el Reconocimiento de Mayores Costos por la Formula (Resumen, Noviembre 1991)". Elsamex, Doc. D-97, MD.

³⁹⁸ Elsamex, Doc. D-97, MD.

1991") establece, en el segundo párrafo de la sección Generalidades, que dicho documento tiene por objeto describir en forma condensada el procedimiento contenido en el Decreto 29-90 y en el documento preparado por la Dirección General de Caminos en septiembre de 1990,³⁹⁹ «con los ajustes e incorporaciones que dicha dependencia ha efectuado a la fecha».

656. Por lo antes expuesto y, más aún, siendo este reconocimiento un derecho del contratista, el mismo podría haberse implementado, incluso, en las posteriores modificaciones. Por lo demás, las consideraciones anteriores, en especial el ya analizado hecho de que la revisión de precios es un derecho del contratista *ex lege*, desvirtúan el argumento de la Demandada de que no considera a las reclamaciones de Elsamex como "eventos compensables" de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 44 del Contrato.

657. En consecuencia, la Demandada deberá reconocer los mayores costos relativos a los trabajos de Administración Delegada a partir de la M1. En consideración a lo resuelto en el ¶620 de esta sección del Laudo, respecto al SMD aplicable para el factor Mo y el IIA, se han recalculado los valores reclamados por la parte Demandante. Por lo tanto, el monto a pagar por este reclamo es la suma de USD \$ 39,765.83.

d) Aplicación de la fórmula de reajuste de precios a los materiales pétreos

2.1.8. Posición de las Partes

i. Posición de Elsamex

658. De acuerdo con lo estipulado en el AA y la Modificación No. 1, la fórmula para el reconocimiento de mayores costos debe ser aplicada a los materiales pétreos triturados, por lo que Elsamex reclama el pago de \$502,464.31,⁴⁰⁰ por ese concepto. Después de que el informe Lanamme reveló que las especificaciones del proyecto preparadas por SOPTRAVI no eran adecuadas, las características y precios de los agregados pétreos previstos en la oferta del Contratista ya no se ajustaban a la realidad del proyecto. (Elsamex, ¶91-93, MD)

659. Por lo anterior, las Partes acordaron expresamente en el AA y la Modificación No. 1 que se reconocería a Elsamex los incrementos de los costos en los materiales pétreos triturados incluidos en las unidades de obra del Contrato (Elsamex, ¶94-95, MD)

660. Sin embargo, la Demandada se ha negado a reconocer el incremento en los costos de los materiales pétreos pues considera que el mismo se reconoce implícitamente en los respectivos ítems que utilizan este material, los cuales ya han sido objeto de ajuste mediante la aplicación de la Fórmula de Reconocimiento de Mayores Costos. Elsamex no está de acuerdo porque considera que el Decreto debe aplicar a todas las partidas. (Elsamex, ¶98, MD)

³⁹⁹ "Sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras"

⁴⁰⁰ Elsamex, Apéndice 7, MCEJ.

iii. Posición de Honduras

661. En cuanto al reclamo relacionado al reconocimiento de costos de los materiales pétreos, Honduras sostiene que este reclamo no procede, en vista de que los agregados pétreos no están contemplados en la lista de materiales sujetos a un ajuste de precios del Decreto 29-90 que ambas partes acordaron utilizar. Es importante mencionar que el Contratista en sus fichas de costos originales de concreto asfáltico, base triturada, rehabilitación de hombros, ofertó precios de material pétreo desde USD\$5.13 que son muy superiores al precio que el Contratista reclama de L50.00 = USD2.65 pagados por éste al concesionario del banco de materiales de río.⁴⁰¹ (Honduras, ¶105 [4], MCD).
662. El Árbitro Único se remite a lo señalado en los ¶¶597 a 599 supra, ya que la parte Demandada ha aplicado los referidos argumentos de forma general al conjunto de las reclamaciones contenidas en esta sección.

2.1.9. Decisión del Árbitro Único

663. Los materiales pétreos consisten principalmente en áridos que el Contratista obtiene de la cantera y posteriormente traslada a una planta para su trituración y cribado a fin de obtener los diferentes diámetros de árido (grava, gravín y arena) en función de la fórmula de trabajo fijada en las especificaciones técnicas, que indica el porcentaje de áridos (y betún) que debe contener el concreto asfáltico.⁴⁰²
664. La Demandante reclama el monto de USD \$502,464.31 por el incremento de costos en los materiales pétreos triturados. Elsamex sostiene que las partes acordaron en el AA y la Modificación No. 1 reconocer el incremento de costos que supondría adquirir los materiales pétreos que exigía el rediseño del proyecto (Elsamex, ¶91, MD; ¶327, MRFyCR)⁴⁰³ e indica que el 22.75% (63,503.04 m³) de los materiales pétreos fue adquirido a 6 Lempiras por m³ mientras que el 77.25% restante (215,775.31 m³) a 50 Lempiras por m³. Por lo que Elsamex reclama el reconocimiento de 44 Lempiras por cada m³ de material utilizado⁴⁰⁴ (99, MD y Apéndice 7). Honduras, sin embargo, afirma

⁴⁰¹ La Demandada no da más explicaciones respecto a ésta aseveración y no aporta ninguna prueba al respecto, por lo que el Árbitro no la tomará en cuenta en su análisis.

⁴⁰² ¶92, MD, Elsamex.

⁴⁰³ La demandada en el ¶93 de su MD afirma que el referido Informe reveló que las especificaciones del proyecto en relación con los agregados pétreos no eran adecuadas para la realidad geológica del terreno y, por este motivo las características y precio de los agregados pétreos previstos en la oferta del Contratista no se ajustaban a la realidad del proyecto. En su oficio TD-26/05 de fecha 8 de abril de 2005 mediante el cual Elsamex remite a la Administración el Informe Lanamme IE-19-2005 (Elsamex, Doc. D-83, MD), menciona lo siguiente: *«Las Especificaciones del Proyecto para los agregados pétreos que conforman la carpeta asfáltica, son deficientes para obtener un agregado con un ángulo de fricción interna alto que se necesita para contrarrestar las fallas por ahuellamiento que se presentan prematuramente en Honduras por este motivo. Es urgente para la rehabilitación de la carretera Tegucigalpa - Danli, modificar las especificaciones para que los agregados de carpeta asfáltica suministren la adecuada resistencia de la mezcla para soportar el esfuerzo cortante que transmiten las cargas pesadas que circulan en Honduras.*

(...)

La solución es fácil, produciendo agregados de buenas calidad y rugosidad, y con una granulometría tal que se desarrolle un buen contacto partícula - partícula.»

⁴⁰⁴ En el documento D-105, MD de Elsamex consta copia de comprobantes de compra.

que dicho reclamo no debe ser aceptado pues los agregados pétreos no están contemplados en el Decreto 29-90 que ambas partes acordaron utilizar (Honduras, ¶105 [4], MCD).⁴⁰⁵

665. El Acuerdo de Avenimiento en su estipulación Tercera establece lo siguiente:

*«**TERCERO:** Para efecto de realizar el reconocimiento de los incrementos en los costos, incluyendo los materiales pétreos triturados incluidos en las unidades de obra del contrato, ambas partes aceptan utilizar la metodología establecida en el documento preparado por la Dirección General de Caminos en septiembre de 1990 titulado "Sobre una Metodología para el Reconocimiento de Mayores Costos en los Contratos de Construcción de Carreteras en Honduras", cuya aprobación se materializó a través del decreto ejecutivo No. 29-90 de fecha 26 de Diciembre de 1990 publicado en "La Gaceta" Diario oficial de la República, el 12 de enero de 1991 en la edición No.26337.»*

666. De la misma forma, la cláusula 47, modificada por la M1, establece que:

«Para efectos de realizar el reconocimiento de los incrementos en los costos, para todos los conceptos del Contrato, incluyendo los materiales pétreos triturados comprendidos en las unidades de obra del contrato, ambas partes aceptan utilizar la metodología (...).»

⁴⁰⁵ En el expediente se encuentra además que, con fecha 23 de marzo de 2006, después de la firma de la M1, Honduras interpreta el tema de los agregados pétreos de la siguiente forma: *«La metodología descrita en el procedimiento aprobado mediante Decreto No. 29-90 (...) determina el reconocimiento de mayores costos en los componentes fundamentales de: mano de obra, combustible y lubricantes, repuestos, llantas y equipos, para **todos los conceptos de obra del contrato**, dentro de los cuales están incluidos los agregados pétreos, en los ítems atinentes. El mismo procedimiento en su metodología, limita de manera muy precisa el reconocimiento por incremento de costos a los siguientes materiales: cemento, acero, productos asfálticos, tuberías, alambre de púas y explosivos. Consecuentemente el reconocimiento de mayores costos de los agregados pétreos está implícito en las Incidencias Porcentuales que integran la fórmula, y por ello no figuran en la lista de materiales a reconocer por separado mediante la confrontación de facturas, ya que su obtención se materializa mediante un proceso constructivo, el cual es escalado mediante los factores implícitos en la citada fórmula de ajuste. Reconocer escalamientos de estos agregados pétreos en una forma paralela o distinta a lo contemplado en el Decreto 29-90, se consideraría como un ajuste realizado con duplicidad.»* (Resaltado incluido en el texto original) (Oficio UEBM/BCIE No. 116-06, dirigido por la Dirección a Elsamex el 23 de marzo de 2006, Doc. D-5, MCEJ, Elsamex) La posición anterior es reiterada en el Oficio No. RL-38/2008 del 5 de marzo de 2008, que contiene las recomendaciones hechas por Inocsa a SOPTRAVI para dar respuesta a los reclamos de Elsamex. Inocsa consideró que el reclamo respecto a los materiales pétreos utilizados para la producción de material base y agregados para concreto asfáltico no procedía ya que *«los incrementos a este material están implícitamente incluidos en el reconocimiento de mayores costos de las actividades que conlleven estos rubros en lo referente a los índices de combustible y lubricantes, mano de obra, repuestos, y divisa.»* (Honduras, Anexo 9-NN, MCD)

667. La intención de las partes de reconocer el incremento en los costos de los materiales pétreos utilizados en la obra no es sólo confirmada por el hecho de que lo hayan mencionado específicamente, sino también por que tanto los considerandos de la M1, como las otras estipulaciones del AA mencionan su uso.⁴⁰⁶

668. Para despejar cualquier duda sobre lo acordado por las partes, basta revisar los informes de Inocsa en dónde la Supervisión indica:

«Es importante definir la legalidad de lo ordenado en el contrato modificado en lo referente a reconocer los mayores costos de los materiales pétreos y los trabajos por unidad de tiempo, en vista de que este contrato ordena que se reconozcan de acuerdo al decreto 29-90, y este decreto no incluye estos conceptos [.]» (Informe de Inocsa de febrero de 2006)⁴⁰⁷

«Actualmente tenemos el problema de reconocer los mayores costos para los agregados pétreos y los trabajos por unidad de tiempo en vista de que el Decreto 29-90 nos [sic.] los incluye, sin embargo el contrato modificado los incluye dentro del mismo decreto, lo que produce ambigüedad en la interpretación [.]» (Resaltado incluido en el texto) (Informe de Inocsa de marzo de 2006)⁴⁰⁸

669. Es cierto que el Decreto 29-90 limita los materiales objeto de reconocimiento por incremento de costos a *«cemento, acero, productos asfálticos (cementos asfálticos, asfaltos rebajados), alambre de púas, explosivos y tuberías.»*⁴⁰⁹ Sin embargo, es cierto también que dicho Decreto contempla una fórmula para reconocer el aumento de costos en materiales,⁴¹⁰ la cual podría haber sido ajustada por Honduras conforme las facultades

⁴⁰⁶ Así, la estipulación Séptima del AA, al referirse al rediseño del proyecto menciona que *«en todo caso, se adicionará el material pétreo (base triturada) necesario, de forma que la curva granulométrica cumpla las especificaciones.»* y el Considerando Segundo de la M1 menciona que el supervisor Inocsa recomienda el uso de material de base triturada nueva.

⁴⁰⁷ Honduras, Sección 10, Conclusiones y Recomendaciones, Págs. 27 y 28, Anexo 9-O, MCD.

⁴⁰⁸ Honduras, Sección 3.3. Aspectos que requieren decisión de la Dirección General de Carreteras, Pág. 15, Anexo 9-P, MCD. Además, en este mismo informe, consta el Oficio No. IR-38/2006, del 11 de marzo de 2006, en el cual Inocsa le devuelve a Elsamex las Estimaciones 11 y 12 de los meses de enero y febrero de 2006 y le comunica que: *«El motivo de la devolución es que, el concepto del Reconocimiento de los Mayores costos por medio del Decreto 29-90, no incluye o no está bien definido como se pagará este incremento para los ítems **Trabajos por unidad de Tiempo y los Materiales Pétreos**, hasta que se llegue a un acuerdo entre las partes, los Certificados de Pago excluirán estos conceptos de obra.»* (Resaltado incluido en el texto)

⁴⁰⁹ Segundo párrafo del Literal B) del Decreto 29-90, Doc. D-97, MD, Elsamex.

⁴¹⁰ «B) El aumento de costos de los materiales se reconocerá mediante la confrontación de las facturas de compra del bien utilizado en el proyecto y la cotización de dicho bien incluida en la oferta.» (Decreto 29-90, Doc. D-97, MD, Elsamex). La anterior fórmula ha sido explicada por Elsamex en su MD, de la siguiente manera: El incremento de costos sufridos para los materiales pétreos (ICMP) se calcula multiplicando la cantidad de material adquirido (Q) por la diferencia entre el precio de la licitación (Pl) y el precio real de compra (Pr). Lo anterior resulta en la siguiente fórmula: $ICMP = Q \times (Pr - Pl)$. Por lo que, al haber sido adquirido el 22.75% (Q= 63,503.04

concedidas por la Ley y en vista de los compromisos que se prestaba a suscribir con el contratista.⁴¹¹ En consecuencia, este Árbitro Único no encuentra justificación en el expediente, ni Honduras intenta explicarlo en sus actuaciones orales o escritas, para la no aplicación de lo establecido en la LCE y su Reglamento. La aseveración hecha por la Demandada de que no consideró los reclamos de Elsamex eventos compensables conforme lo establecido por la Cláusula 44.1 de las Condiciones del Contrato no satisface a este Árbitro; pues, en la Modificación No. 1 específicamente se pactó el reajuste de precios y, como ha quedado claro ya, éste es un derecho del contratista consagrado en la Ley que no está sujeto a la discreción de la supervisión.

670. En virtud de lo anterior, este Árbitro Único concluye que la Administración hondureña vulneró el derecho del contratista a la plena ejecución de lo pactado;⁴¹² por lo que el reclamo de Elsamex por el reconocimiento del monto de USD \$502,464.31 se encuentra justificado.

671. En conclusión, el Árbitro coincide con la Demandante en los reclamos analizados en los literales (b), (c) y (d) de ésta sección y rechaza la alegación de la Demandante en relación al reclamo examinado en el literal (a). Honduras deberá pagar a la Demandante la suma total de **USD\$685,476.77** por los reclamos relativos a la cláusula de reajuste de precios.

2.2. Partidas impagadas o trabajos pagados a precios distintos de los previstos en el Contrato

2.2.1. Definición de la Cuestión

672. La Demandante reclama los valores correspondientes a trabajos ejecutados y deducciones hechas por la Demandada, que afirma no fueron pagados. Dichos reclamos comprenden: (a) trabajos de rehabilitación de hombros; (b) trabajos de relleno con materiales de excavación; (c) trabajos de excavación común, sub-base y base triturada; (d) trabajos de prenivelación mediante la aplicación de concreto asfáltico; (e) trabajos de reparación en la falla del kilómetro 16; y, (f) deducciones indebidas a las estimaciones 32 y siguientes e intereses por mora en el pago de las estimaciones 34 y 35 (Elsamex, ¶100 y sección 6, Pág. 80, MD)

673. En general, respecto a todas las reclamaciones, la Demandante sostiene que SOPTRAVI incumplió con su obligación contractual prevista en la cláusula 3 del Contrato al no haber efectuado los pagos correspondientes. Indica que se ha producido silencio administrativo conforme al artículo 29 de la LPA, ya que estos trabajos fueron reclamados

m3) de los materiales pétreos a 6 L./m3 y el 77.25% restante (Q= 215,775.31 m3) a 50 L/m3, Elsamex reclama el reconocimiento de 44 Lempiras por cada m3 de material utilizado. Entonces, aplicando la fórmula el valor reclamado totaliza USD \$502,464.31 [ICMP = 215,775.31 x 44 L = 9,494,113.46 L (USD \$502,464.31)]. (Elsamex, ¶99, MD y Apéndice 7)

⁴¹¹ La Nota número 2 del documento titulado *Criterios para Reconocimiento de Mayores Costos remitido por Elsamex a Inocsa el 14 de diciembre de 2005, mediante Oficio TD-90/05*, indica: «Se agregará el reconocimiento de mayores costos, para los materiales pétreos triturados en la unidades de obra del contrato, de conformidad al párrafo tercero del Acuerdo de Avenimiento entre el Contratista Elsamex y el Contratante SOPTRAVI, de fecha 28 de octubre de 2005, utilizando como precios de origen los que figuren en los análisis de precios correspondientes.» (Honduras, Anexo 9-M, MCD, Informe de Inocsa de Diciembre 2005. Elsamex, Doc. D-1, MCEJ)

⁴¹² Numeral 1 del artículo 124 de la LCE.

a SOPTRAVI el 26 de diciembre de 2007 y la Demandada no se ha pronunciado sobre el fondo de las reclamaciones por lo que debe desestimarse cualquier oposición al pago. (Elsamex, ¶102, MD).

674. Respecto a todas las alegaciones de la Demandante, Honduras señala que las mismos no son "eventos compensables" de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 44 del Contrato (Honduras: ¶162, MDFyRR; ¶133, MCH). Sobre la cláusula 3, indica que la misma sólo refiere que «*el precio del contrato o la suma que pueda resultar pagadera en virtud de las disposiciones del Contrato, en el momento y de la manera estipulados en el Contrato*» debe ser pagada a Elsamex. El silencio administrativo no es aplicable puesto que las partes acordaron que el "monto global" a pagarse es el Precio del Contrato, por lo que no hay lugar a pagos adicionales. (Honduras, ¶166, MDFyRR; ¶133, MCH).

675. Las reclamaciones de la Demandante por trabajos impagados suman un total de **USD\$276,965.48**.⁴¹³ El valor se desglosa en los siguientes conceptos:⁴¹⁴

Reclamación	Monto reclamado en USD
Rehabilitación de Hombros (Apéndice 9, MD)	\$12,015.94
Trabajos de Relleno con Materiales de Excavación (Apéndice 11, MD)	\$78, 074.76
Trabajos de excavación común, sub-base y base triturada (Apéndice 12, MD)	\$3,979.59
Prenivelación mediante la aplicación de Concreto Asfáltico (Apéndices 13 y 14, MD)	\$97,696.35
Trabajos de Reparación en la Falla del Km. 16 (Apéndices 13 y 14, MD)	\$1,280.20
Deducciones injustificadas a la Estimación número 32 y siguientes e intereses de mora por el pago tardío de las Estimaciones 34 y 35 (Elsamex, Apéndices 16 y 17, MD)	\$83,918.64 ⁴¹⁵ (\$64,524.13 + \$19,394.54)

676. El presente reclamo engloba diferentes tipos de trabajos que fueron realizados en momentos distintos del proyecto. Por lo anterior, para cada uno de los temas que conforman este reclamo, se expondrá la posición de las Partes y, seguidamente, el Árbitro Único procederá a emitir su decisión.

2.2.2. Obligación de pago por trabajos adicionales de rehabilitación de hombros

2.2.2.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

677. Elsamex reclama el monto de **USD\$12,015.94** (aplicando reconocimiento de mayores costos a junio de 2006, con precio unitario de **USD\$36.62** [Elsamex, ¶111, MD]) por los

⁴¹³ Sin embargo la Demandante calcula un total de \$272,825.42 para esta reclamación tanto en su MD como en su MRFyCR.

⁴¹⁴ Pág. 10, Sección 2, Listado de Reclamaciones e Importes Reclamados, MD, Elsamex.

⁴¹⁵ La sumatoria hecha por la Demandante para este reclamo totaliza US\$83,778.58 (ver referencia anterior).

trabajos de rehabilitación de hombros realizados entre los kilómetros 52+000 y 51+300, los que comprenden un tramo de 700 m (328.13 m³) de la Carretera, conforme se explica en los Apéndices 8 y 9 del MD. En la Modificación No. 1 se acordó que se ejecutarían trabajos hasta el Km 53+000 y estos trabajos fueron ejecutados antes de que la Demandada reduzca el alcance de la obra hasta el kilómetro 50 (Elsamex, ¶105,106 MD; ¶333 MRFyCR). No fue hasta la firma de la Modificación No. 3, el 27 de junio de 2007, que las Partes acordaron reducir la longitud de la Carretera a rehabilitar a 50 Km por falta de presupuesto (Elsamex, ¶335, MRFyCR). La Demandante resalta que la falta de presupuesto fue una constante a lo largo de todo el Proyecto y que la misma no puede ser causal para negar el pago al Contratista de trabajos que fueron ejecutados en cumplimiento de las disposiciones contractuales (Elsamex, ¶331 y 339 MRFyCR).

678. Elsamex reclamó el pago de dichos trabajos en las Estimaciones No. 21, 22 y siguientes⁴¹⁶ pues considera que fueron ejecutados dentro del marco contractual a pesar de que Inocsa afirma que dicho pago no procede porque los trabajos no fueron autorizados (Elsamex, ¶109, MD).

679. Elsamex argumenta que el no pago de estos trabajos supone una violación de las obligaciones contractuales de la Demandada de acuerdo con la Cláusula 3 del Contrato y vulnera lo establecido en el artículo 1348 del CC por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales (Elsamex, ¶340, MRFyCR).

b) Honduras

680. La Demandada afirma que el reclamo sobre los trabajos de Rehabilitación de Hombros no procede. Elsamex no contaba con la autorización del Supervisor o SOPTRAVI para realizar los trabajos reclamados (colocación de base triturada en hombros) y los ejecutó por su cuenta y sin la presencia de la Supervisión. La Demandante tenía conocimiento de que con los fondos disponibles a esa fecha no se cubriría la longitud establecida en el Contrato. Además, las cantidades de obra contenidas en la Modificación No. 1 fueron calculadas por Elsamex. (Honduras, ¶106 [1], MCD)

2.2.2.2. Decisión del Árbitro Único

681. El 26 de mayo de 2006 la Demandante le anunció a Inocsa que el lunes 29 de mayo del mismo año comenzaría los trabajos de rehabilitación de hombros. Estos trabajos se iniciarían a partir de la estación 53+000 hacia Tegucigalpa en lado izquierdo [km 0+000 según MD].⁴¹⁷ Luego, mediante carta del 8 de junio de 2006,⁴¹⁸ Elsamex le comunicó a Inocsa que el 9 de junio de 2006 comenzaría la rehabilitación de hombros en la estación 52+500.⁴¹⁹ Lo anterior con el fin de no retrasar el plan de trabajo y establecer un plan de contingencia por la temporada invernal. Elsamex afirma que no se podía trabajar en otras zonas del proyecto por las malas condiciones climatológicas (Elsamex, ¶336, MRFyCR).

⁴¹⁶ Elsamex indica que Inocsa ordenó cambios en estimaciones de forma verbal. Ver Elsamex, Doc. D-27, MCEJ

⁴¹⁷ Oficio TD-95/06, Elsamex, Doc. D-106, MD

⁴¹⁸ Oficio TD-99/06, Elsamex, Doc. D-107, MD

⁴¹⁹ Conforme lo indicado el 26 de mayo en Oficio TD-95/06.

682. Elsamex sostiene que realizó los trabajos antes referidos en las estaciones 51+300 y 52+000 el 9 y 10 de junio de 2006, en vista de que no tuvo respuesta por parte de la Supervisión (Elsamex, ¶336, MRFyCR). El 12 de junio de 2006⁴²⁰, cuando los trabajos ya habían sido realizados, Inocsa respondió al Oficio TD-99/06 de Elsamex indicando que conforme al monto contractual disponible, ésta debía trabajar en rehabilitación de hombros y cualquier otra actividad constructiva desde el inicio del proyecto hasta la estación 42+000. Luego, mediante oficio de fecha 16 de junio de 2006,⁴²¹ Inocsa confirmó que no había autorizado a Elsamex a realizar ninguna actividad en la sección comprendida entre la estación 42+000 a la 53+000.
683. Elsamex respondió a los oficios anteriores mediante carta del 29 de junio de 2006⁴²² indicando que en la Modificación No. 1 se estableció que *«de acuerdo al estimado de costos preparado por la supervisión se ha establecido que la longitud que se podrá rehabilitar [es de] hasta 53 Km»* y que la falta de autorización para trabajar en el tramo 42+000 al 53+000 causa perjuicios a Elsamex e implica el retraso en la ejecución de los trabajos. En la misma carta, Elsamex solicita nuevamente autorización para trabajar en el tramo referido.
684. Las Partes no explican en sus escritos cual era el proceso de aprobación al que estaban sometidos este tipo de trabajos. Elsamex tampoco prueba que los trabajos de rehabilitación de hombros reclamados formaban parte del plan de trabajo vigente a la época de dicho reclamo. Mas aún, de la revisión de los oficios antes descritos es aparente que la Demandante conocía que la ejecución de los trabajos en cuestión requería la aprobación de la Supervisión. Tanto así que, incluso después de haber ejecutado trabajos el 9 y 10 de junio, Elsamex solicita nuevamente la autorización de la Supervisión mediante carta del 29 de junio de 2006.
685. El artículo 185 del RLCE trata sobre la ejecución de las obras y establece que las mismas se ejecutarán *«con estricto apego al contrato y a sus anexos, incluyendo eventuales modificaciones (...) y conforme a las instrucciones por escrito que, en interpretación técnica del contrato y de los citados anexos, diere al contratista el Supervisor»*. Elsamex afirma que los trabajos realizados en el Km. 51 fueron ordenados por la Supervisión (Elsamex, ¶110, MD), sin embargo no ha aportado documento alguno en dónde conste dicha orden. Mediante oficio de 19 de febrero de 2007⁴²³ Inocsa le reitera a Elsamex que los trabajos ejecutados en el Km. 51 no fueron autorizados.
686. Por lo antes expuesto, no procede el pago de los trabajos de rehabilitación de hombros aquí reclamados.

⁴²⁰ Oficio No. IR-129/2006, Elsamex, Doc. D-18, MCEJ

⁴²¹ Oficio No. IR-131/2006, Elsamex, Doc. D-18, MCEJ

⁴²² Oficio TD-107/06, Elsamex, Doc. D-108, MD

⁴²³ Oficio No. IR-11/2007, Elsamex, Doc. D-19, MCEJ

2.2.3. Obligación de pago por trabajos adicionales de relleno con materiales de excavación

2.2.3.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

687. La Demandante reclama el pago de **USD\$78, 074.76** por 39,037.34 m3 de trabajos de "relleno con materiales de excavación", con un precio unitario de USD\$ 2.00/m3. Dichos trabajos se encuentran reflejados en el plano y las fotografías que constan en el Apéndice 10 y el desglose en el Apéndice 11 al MD. Estos trabajos comprenden excavación previa y posterior relleno y compactación por lo que la Demandante afirma que a estos trabajos le deben ser aplicados dos precios unitarios: (i)"M3 excavación común" (para la actividad de excavación del material) y además el ítem de (ii)"M3 excavaciones para relleno" (para la colocación -relleno- y compactación del material) (Elsamex, ¶113-114, 120 MD).

688. Los valores correspondientes a los trabajos antes referidos fueron deducidos de las Estimaciones No. 18 (21 de julio de 2006) y No. 19 por instrucciones verbales de Inocsa. Los valores fueron reclamados posteriormente por Elsamex en otras estimaciones sin que la Supervisión haya aceptado reconocerlos. (Elsamex: ¶ 24, Apéndice I al MCEJ; ¶116, MD).

689. La Demandante basa su reclamo en la Cláusula 3 del Contrato, Art. 1348 del CC, en la sección 4.8 de las Especificaciones Especiales que trata sobre "Excavación para relleno", en la estipulación Séptima del AA y el Considerando Quinto de la Modificación No. 1. (Elsamex: ¶119, MD; ¶350, MRFyCR).

b) Honduras

690. Respecto al reclamo de relleno con materiales de excavación, la Demandada afirma que no procede debido a que los valores solicitados por Elsamex se refieren a trabajos de reparación de fallas realizados antes de la vigencia de la Modificación No. 1, esto es, desde el 19 de noviembre de 2004 hasta el 18 de enero de 2005. Inocsa reconoció las actividades ejecutadas a partir de la suscripción de la Modificación No. 1 el 19 de enero de 2006. (Honduras: ¶106 [2.2], MCD)

2.2.3.2. Decisión del Árbitro Único

691. La sección 4.8 de las Especificaciones Especiales ("EE") establece que *«el relleno compactado se medirá y pagará por M3 en la posición final compactado que se haya colocado, cumplidos los requisitos de esta especificación»*.⁴²⁴ Elsamex afirma que entre las razones que tuvieron las Partes para suscribir el AA estaba la necesidad de aclarar la interpretación que debía dársele a las EE en relación a la forma de pago de los trabajos

⁴²⁴ Especificaciones Especiales, Sección 4, (Elsamex, Doc. D-109, MD). En la sección 4.1 de las Especificaciones Especiales ("EE") se describe a la Excavación para Relleno (terraplén o relleno compactado) como aquella porción de la carretera terminada que se construye mediante el relleno con material apropiado, previamente autorizado por el Supervisor, hasta la superficie completada de la sub-rasante. La sección 4.2 establece los siguientes requisitos generales: *«Todas las depresiones excesivas que hayan quedado después del retiro de material objetable en el área donde irá el terraplén, se rellenarán con material apropiado que autorice el Supervisor y luego se compactarán de acuerdo con los requisitos aplicables aquí estipulados, antes de construir el terraplén.»*

de relleno con materiales de excavación de tal forma que a estos trabajos se les aplique dos precios unitarios: (i)"M³ excavación común" y (ii)"M³ excavaciones para relleno".

692. Así, la Demandante explica que desde el año 2005 hasta la firma del AA (28 de octubre de 2005) Inocsa consideró que el ítem de "excavación para relleno" comprendía las actividades de excavación, transporte de material y corte de la zona afectada, así también como la actividad de relleno. Por lo anterior, en la estipulación Séptima del AA, se aclaró que «en las unidades de obra que exigen excavación y posterior relleno y compactación, se aplicarán los precios unitarios "excavación común" para la excavación y "excavación para relleno" para el relleno y compactación del material, de acuerdo con las Especificaciones Especiales ya contempladas en el Contrato». ⁴²⁵ El AA fue posteriormente incorporado a los contratos mediante la firma de la Modificación No. 1, el 19 de enero de 2006. ⁴²⁶ (Elsamex: ¶1114, 115 MD; ¶342-346, MRFyCR).

693. Elsamex indica que los valores por los trabajos reclamados fueron deducidos de las Estimaciones número 18 (junio-julio de 2006) y 19 (julio-agosto de 2006) pero no especifica las fechas en las que fueron realizados los trabajos reclamados. Honduras alega que los trabajos reclamados por Elsamex se refieren a trabajos de reparación de fallas realizados antes de la vigencia de la Modificación No. 1 y que los mismos fueron reconocidos conforme a lo pactado en el AA a partir de la suscripción de la Modificación No. 1 el 19 de enero de 2006.

694. En vista de que en el Apéndice 11 al MD proporcionado por Elsamex no se encuentra especificada la fecha en que se realizaron los trabajos reclamados, y ya que la Demandante no basa su argumentación en normativa relevante que demuestre que tiene derecho al reconocimiento de estos trabajos, en caso de que efectivamente hubieren sido realizados antes de la suscripción de la Modificación No. 1, este Árbitro Único no considera que Elsamex probó satisfactoriamente lo reclamado.

2.2.4. Obligación de pago por trabajos adicionales de excavación común, sub-base y base triturada

2.2.4.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

695. Elsamex reclama la diferencia de cantidades no pagadas por Inocsa por los trabajos de excavación común (249 m³ - **USD\$532.86**), sub-base (150.71 m³ - **USD\$2,770.05**) y base triturada (35.69 m³ - **USD \$676,68**), por un valor total de **USD\$ 3,979.59**, conforme se describe en el Apéndice 12 al MD (Elsamex, ¶121 a 123, MD). Afirma que la Demandada no ha presentado prueba alguna que respalde las deducciones efectuadas por la Supervisión a los referidos trabajos (Elsamex, ¶354, MRFyCR).

b) Honduras

696. Honduras señala que los trabajos de Excavación Común, Sub-Base y Base Triturada reclamados por Elsamex no fueron ejecutados. Inocsa, luego de revisar la documentación

⁴²⁵ Elsamex, Documento 11, SdA.

⁴²⁶ La M1 en su Cons. Quinto le otorgó eficacia en todos sus términos al AA.

presentada por el Contratista, determinó que no habían pruebas fehacientes de que las cantidades de obra reclamadas se hayan realizado, por lo que fueron retiradas de las estimaciones. (Honduras, ¶106 [3], MCD)

2.2.4.2. Decisión del Árbitro Único

697. La Demandante no está de acuerdo con la medición y cálculo del trabajo realizado por la Supervisión respecto a los trabajos de Excavación Común, Sub-Base y Base Triturada y reclama la diferencia de cantidades no pagadas por el trabajo que afirma haber realizado (Elsamex, ¶352, MRFyCR).

698. En su MCD, Honduras afirma que estos trabajos no fueron ejecutados. No obstante, en prueba aportada por Elsamex consta que sí fueron realizados pero la Supervisión consideró que los costos por los trabajos adicionales reclamados debían correr por cuenta de Elsamex ya que los mismos fueron ocasionados por hechos imputables al Contratista. Lo anterior se explica en el Oficio IR-136/2007 de 31 de octubre de 2007, dirigido por Inocsa a Elsamex:

*«En los ítems de excavación común, base triturada y sub-base, no concordamos con las alturas de excavación ya que las 3 zonas inestables que aparecen en la memoria de cálculo de la estimación fueron afectadas por la lluvia, debido a que su representada excavaba tramos sin contar con el material o equipo suficiente para cerrar las excavaciones diariamente, por lo que dichas áreas se saturaban innecesariamente e incrementaban las cantidades de excavación, por lo que nos parece inadecuado que el Contratante absorba dicho costo, cuando es una consecuencia de las decisiones adoptadas por su representada. Cabe mencionar que dicha situación le fue comunicada en nuestro oficio RL-112/2007 del 02 de Octubre de los corrientes.»*⁴²⁷

699. Las Condiciones del Contrato en su sección D, Control de Costos, establecen lo siguiente:

«54. Costo de las reparaciones

54.1 *El Contratista deberá reparar a su propio costo las pérdidas o daños y perjuicios que sufran las Obras o los materiales que hayan de incorporarse a ellas entre la fecha de iniciación de las Obras y el vencimiento de los periodos de responsabilidad por defectos, cuando dichas pérdidas o daños y perjuicios sean ocasionados por sus propios actos u omisiones.»*

⁴²⁷ Doc. D-4, Apéndice I, MCEJ.

700. Este Árbitro Único no encuentra que la Demandante haya probado que los trabajos adicionales de Excavación Común, Sub-Base y Base Triturada reclamados no se hubieren hecho necesarios por actos u omisiones imputables al Contratista. Por lo anterior, y de conformidad con el numeral 54.1 de las Condiciones del Contrato, antes citado, el Árbitro Único considera que los costos ocasionados por los mismos son atribuibles a la Demandante; no se reconoce a favor de Elsamex compensación alguna por los mismos.

2.2.5. Obligación de pago por trabajos adicionales de prenivelación mediante la aplicación de concreto asfáltico

2.2.5.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

701. Elsamex reclama el valor de **USD\$97,696.35** por trabajos de "prenivelación mediante la aplicación de concreto asfáltico" que afirma no fueron pagados por la Demandada.⁴²⁸

702. Los trabajos fueron ordenados verbalmente por la Supervisión y consistieron en la aplicación de 1.605 toneladas de concreto asfáltico, entre julio de 2006 y febrero de 2007, sobre la superficie de los trabajos de base estabilizada previo a la colocación de la carpeta de concreto asfáltico (Elsamex, ¶124, MD).

703. Elsamex afirma que los trabajos debieron hacerse con anterioridad a la colocación de la primera capa de concreto asfáltico, debido a los desprendimientos superficiales presentados en la capa de reciclado por el tráfico de vehículos durante el período de curado de la base estabilizada, y hasta que la Supervisión ordenase la colocación de la carpeta asfáltica. La Supervisión era consciente de la necesidad de estos trabajos para evitar un mayor deterioro en la Carretera por lo que aprobó los mismos sin indicar que el costo era responsabilidad del Contratista o que éste le era imputable por el deterioro de la Carretera. (Elsamex: ¶126, MD; ¶362, MRFyCR).

b) Honduras

704. La Demandada afirma que los trabajos de Prenivelación Mediante la Aplicación de Concreto Asfáltico realizados para resanar los desprendimientos de material en la superficie de base estabilizada estaban comprendidos en los precios unitarios dentro de los costos por metro cúbico del ítem "base estabilizada con emulsión" (arena y emulsión asfáltica). Los daños en la superficie reciclada son imputables al Contratista por no haber realizado los trabajos de mantenimiento preventivo y el Contratista tiene la obligación de entregar la obra ejecutada en perfectas condiciones al Contratante. (Honduras, ¶106 [2.4], MCD)

⁴²⁸ La Demandante ha calculado el importe reclamado considerando el precio unitario promedio de la tonelada de concreto asfáltico (actualizado entre agosto y febrero de 2007) correspondiente a la fecha de la Estimación número 27 (período entre 21 de marzo al 20 de abril de 2007), esto es USD \$60.87 / t, conforme consta desglosado en los Apéndices 13 y 14 (¶128, MD)

2.2.5.2. Decisión del Árbitro Único

705. El Árbitro Único considera que la resolución del presente reclamo se centra en la validez de las órdenes verbales hechas por la Supervisión. La Demandante sostiene en su MD que aunque los trabajos fueron ordenados verbalmente por Inocsa, la ejecución de los mismos consta reflejada en las anotaciones de bitácora y comprobantes de entrega de mezcla asfáltica aportados.⁴²⁹

706. Honduras no disputa que los trabajos hayan sido realizados pero afirma que los costos en relación a los mismos deben ser cubiertos por Elsamex. En oficio del 19 de febrero de 2007, Inocsa manifestó que estos trabajos debieron ser realizados por el deterioro de la superficie y la falta de mantenimiento por parte de la Demandada:

*«en el Ítem [sic] de concreto asfáltico se disminuyó la cantidad original en aproximadamente 990 toneladas, esta mezcla fue utilizada para reparar las depresiones y desprendimientos sobre la base reciclada[,] estos trabajos se realizaron por el deterioro de la superficie, y la falta de mantenimiento por parte del contratista entre estaciones 8+300 - 14+000, por lo que la reparación debe correr por cuenta del contratista, al no cubrir a tiempo la superficie reciclada con carpeta asfáltica. Esto se puede ver en las especificaciones para base estabilizada en el numeral 5.8 CURADO Y PROTECCION SUPERFICIAL.»*⁴³⁰

707. Elsamex respondió a la comunicación anterior el 20 de febrero de 2007 indicando que:

*«Consultada la cláusula de la especificación que nos adjuntan, no vemos cual es el argumento que utilizan para no reconocer las 990 Tn. Elsamex, además de las zonas de radio reducido y de parada, procedió a proteger por indicación de la supervisión todas aquellas zonas que mostraban riesgo de presentar desprendimientos superficiales[.]»*⁴³¹

⁴²⁹ De la revisión de las anotaciones de la Bitácora No. 6291 (Doc. D-114, MD, Elsamex), el Árbitro Único encuentra lo siguiente: el 1 de agosto de 2006 «se procede a colocar concreto asfáltico en Est. [sic] -ilegible- y se coloca una primera capa de prenivelación» (hoja 0016), también «se realiza una prenivelación previo a colocar el concreto asfáltico en -ilegible- debido al deterioro de la base estabilizada» (hoja 0017). El 3 de agosto de 2006 «continúan los trabajos de prenivelación» (hoja 0018). El 13 y 14 de agosto de 2006 «se colocó mezcla asfáltica sobrante del día de ayer en el -ilegible- y prenivelación lado Izq. 15+650-15+750»; «se colocó carpeta asfáltica entre estaciones 15+302-15+841 lado der [sic] prenivelando la superficie previamente» (hoja 0026). Consta en las hojas 0027 y 0029 de la bitácora que los días 15 y 18 de agosto también se realizaron trabajos de prenivelación con mezcla asfáltica.

⁴³⁰ Oficio No. IR-11/2007, Doc. D-19, MCEJ, Elsamex

⁴³¹ Oficio No. TD-24/07, Doc. D-19, MCEJ, Elsamex.

708. La Demandante afirma que los daños en la base estabilizada fueron causados por las lluvias⁴³² y el paso del tráfico que tuvo lugar durante el periodo de curado de la base estabilizada (Elsamex, ¶360, MRFyCR).

709. De la revisión del expediente no es claro si las órdenes para realizar los trabajos reclamados fueron hechas verbalmente debido a que Honduras consideraba que los daños en la base estabilizada debían ser reparados a cuenta del Contratista.⁴³³ Como vimos en secciones anteriores de este Laudo, el RLCE en su Art. 185 y el Contrato⁴³⁴ establecen que las comunicaciones cursadas por las Partes sólo tienen efecto vinculante cuando son efectuadas por escrito. Por lo anterior, es opinión de este Árbitro Único que los valores por los trabajos reclamados no se encuentran lo suficientemente probados o sustentados.

2.2.6. Obligación de pago por trabajos adicionales de reparación en la falla del Km. 16

2.2.6.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

710. Elsamex reclama el monto de **USD\$1,280.20** por Trabajos de Reparación en la Falla del Km. 16, conforme se encuentra desglosado en el Apéndice 15.

711. El 19 de octubre de 2007, Elsamex colocó 20 toneladas de concreto asfáltico para la mejora del deslizamiento de la calzada entre los puntos kilométricos 16+260 y 16+380, sin embargo Elsamex se vio obligado a retirar los trabajos de la Estimación 32 por órdenes de la Supervisión al no llegar a un acuerdo respecto a la forma de pago de los mismos. (Elsamex, ¶131-133 y 135, MD).

⁴³² Elsamex señala que la mayoría de los trabajos de prenivelación se llevaron a cabo entre julio y septiembre de 2006, época de lluvias.

⁴³³ El oficio de Inocsa del 6 de febrero de 2007 dirigido al Director de Obra de Elsamex expone: «*En el recorrido del día de hoy con los Ingenieros Rodrigo Mascaró, Marco Torres, César Euceda y José León, se pudo determinar que el estado en que se encuentra la base estabilizada en varios tramos de la calzada están [sic] parcialmente desintegrados, producto del paso vehicular y del tiempo que ha transcurrido desde que se realizó [sic] dicha obra. Dado lo anteriormente planteado se acordó entre ambas partes que era realmente necesario reconstruir estos sitios total o parcialmente de nuevo con base estabilizada por parte del contratista sin ningún tipo de reconocimiento económico para realizar dichos trabajos. Estos trabajos deberán realizarse previo a la colocación de la mezcla asfáltica sobre la calzada.*» (Oficio No. IR-04/2007, Doc. D-192, MRFyCR, Elsamex). Elsamex responde al comunicado anterior mediante oficio de fecha 12 de febrero de 2007: «*[n]o estamos conformes con lo planteado respecto a los trabajos a realizar en la base estabilizada en el tramo 39+675 al 50+000, y menos aun, que dichos trabajos sean realizados por el contratista sin reconocimiento económico de ningún tipo. Como ustedes manifiestan en su oficio, el estado que [sic] la Base Estabilizada es consecuencia del paso vehicular y del tiempo transcurrido desde que se realizó la obra; evidentemente este tiempo ha transcurrido debido a la necesidad de realizar los trabajos de bacheo; que como ustedes saben, no estaban contemplados en el proyecto por no disponer de estudio previo de la capacidad portante de la estructura del pavimento existente, lo que esta [sic] ocasionando graves inconvenientes en este Contrato en cuanto a la planificación y rendimiento de obra y que este contratista esta [sic] ejecutando sin aprobación previa de los correspondientes precios unitarios.*» (Oficio TD-15/07, Doc. D-193, MRFyCR, Elsamex).

⁴³⁴ Condiciones del Contrato, A. Disposiciones Generales, Cláusula 6.1

b) Honduras

712. El reclamo respecto a los montos adeudados por trabajos de Reparación en la Falla del kilómetro 16+000 no procede pues el concreto asfáltico fue suministrado por la Dirección General de Carreteras y colocado manualmente por el Contratista sin la esparcidora de concreto, se utilizó únicamente un vibro compactador y una compactadora neumática. Conforme a lo establecido en el Contrato, dichos trabajos deben ser pagados por Trabajos por Unidad de Tiempo (TPU) en la última Estimación (No.37) por un monto de **USD\$802.16** de acuerdo al cálculo efectuado por la Supervisión. (Honduras, ¶106 [7.1], MCD).

2.2.6.2. Decisión del Árbitro Único

713. Los trabajos de reparación de las fallas en el Km. 16 reclamados por Elsamex fueron ordenados por Inocsa mediante oficio del 12 de octubre de 2007.⁴³⁵ Los trabajos se realizaron el 18 de octubre de 2007, durante la época en la que el plazo contractual de la Modificación No. 3 había expirado. Elsamex afirma que aunque no se había suscrito aún la Modificación No. 4, la colocación de concreto asfáltico estaba prevista en la Lista de Cantidades y Precios del Contrato y que lo anterior no es discutido por la Administración que reconoció que los mismos se pagarían conforme al precio unitario para el ítem de Administración Delegada (Elsamex, ¶131 y 132, MD).

714. La afirmación anterior no es del todo precisa, en oficio del 31 de octubre del 2007 Inocsa le remitió a Elsamex la estimación 32 y respecto al tema en análisis observó: «*En relación a vale de administración delegada 26 del día 18/octubre de 2007 en lo referente al concreto asfáltico colocado entre las estaciones 16+280-16+360 le recordamos que el precio que aparece en el ítem de concreto asfáltico no está aprobado por la DGC, adicionalmente la mezcla fue suministrada por otro proveedor. El personal, equipo, y movilizaciones le serán reconocidos por TPU.*»⁴³⁶

715. No obstante lo anterior, es la misma Demandante quien afirma en su MD que los trabajos reclamados fueron realizados cuando el plazo contractual de la Modificación No. 3 había vencido. Elsamex ha afirmado en sus escritos que no estuvo de acuerdo en seguir trabajando habiendo vencido el plazo contractual, contrario a lo que pretendía Honduras.⁴³⁷

716. La Demandante será compensada por los 34 días en los que estuvo sin contrato dentro del período comprendido entre el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007, tras la finalización de la Modificación No. 3 (conforme se describe en la sección sobre los daños y perjuicios ocasionados por las suspensiones y paralizaciones). El Árbitro Único considera que compensarla ahora por trabajos que afirma haber realizado durante ese periodo constituirían un doble pago, pues el reclamo se basa, precisamente, en los daños y perjuicios sufridos por el Contratista por el tiempo de paralización de los trabajos.

⁴³⁵ Oficio No. RL-122/2007, Doc. D-35, MCEJ, Elsamex: «*se constató el PELIGRO que representa el acelerado deslizamiento que se produce en la falla ubicada entre las Est. 16+260 - 16+350 por lo que formalmente por instrucciones de la Jefe de la UEBM se le ordena proceder, a la brevedad, a colocar 25 TON de concreto asfáltico con cargo a su contrato entre el inicio y el final donde se presentan los asentamientos en el carril izquierdo. Así mismo, debe colocar de inmediato señales preventivas...*»

⁴³⁶ Oficio No. IR-136/2007, Doc. D-4, MCEJ, Elsamex

⁴³⁷ Ver ¶189, MD y ¶59 del Apéndice I, MCEJ de Elsamex.

Además, la Demandante no ha hecho ninguna salvedad respecto a que los valores aquí reclamados no hayan sido incluidos en el valor calculado para cada día de tiempo sin contrato. Por lo anterior, el presente reclamo no procede.

2.2.7. ¿Fueron injustificadas las deducciones a la Estimación No. 32 y siguientes? ¿Hay lugar a intereses de mora por el pago tardío de las Estimaciones 34 y 35?

2.2.7.1. Posición de las Partes

a) Elsamex

717. Elsamex reclama el pago de **USD\$64,524.13** por deducciones injustificadas a las estimaciones número 32 y siguientes conforme consta desglosado en el Apéndice 16. También reclama intereses por la mora en el pago de las estimaciones 34 y 35 desde la fecha de presentación de la Estimación 34 (17 de diciembre de 2007) hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago (13 de mayo de 2008) por un monto de **USD\$19,394.54** conforme se justifica en el Apéndice 17 al MD (Elsamex, ¶136 y 147(ii), MD).

718. En resumen, Elsamex indica en el ¶136 del MD que la Supervisión no reconoció los siguientes trabajos:

ACTIVIDAD	UNIDAD	CANTIDAD	P.U.⁴³⁸	TOTAL (USD)
EXCAVACIÓN COMÚN	M ³	8,601.45	1.90	16,342.76
REMOCIÓN DE DERRUMBES	M ³	288.00	1.30	374.40
SUB BASE	M ³	2,607.59	16.15	42,122.58
BASE TRITURADA	M ³	121.85	16.80	2,047.08
SOBRE ACARREO	M ³ -Km	2,433.97	0.30	730.19
IMPRIMACIÓN	Gln.	1,789.65	1.63	2,917.13
TOTAL	-	-	-	\$ 64,524.13

719. Elsamex afirma que los trabajos reclamados fueron aprobados en Estimaciones anteriores y que posteriormente Inocsa solicitó que los mismos fueran deducidos de la Estimación 32 enviada el 24 de octubre de 2007 mediante oficio TD-167/07 [D-117] (Elsamex: ¶137, MD; ¶35 Apéndice I, MCEJ).

b) Honduras

720. Honduras no responde de manera expresa esta reclamación pero señala que los reclamos de la Demandante no son "eventos compensables" de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 44 del Contrato (Honduras: ¶162, MDFyRR; ¶133, MCH).

⁴³⁸ Precios Unitarios de acuerdo a precios del contrato (sin escalamiento) (Elsamex, ¶136, MD).

2.2.7.2. Decisión del Árbitro Único

721. En comunicación del 31 de octubre de 2007, Inocsa remitió la Estimación 32 a Elsamex haciendo, entre otras, la siguiente observación: *«Hemos realizado una revisión de las cantidades de obra ejecutadas por su representada a la fecha, muchas de las cuales aparecen repetidas en diferentes estimaciones, le adjuntamos cuadro para su revisión y posterior deducción en esta estimación.»*⁴³⁹

722. Elsamex respondió al oficio anterior el 2 de noviembre de 2007 indicando que se habían realizado los cambios ordenados por la Supervisión en la Estimación 32, pero que ello no implicaba que aceptaban los mismos. Elsamex, además añade en dicho oficio:

*«Respecto al cuadro remitido por ustedes, una vez revisado, les confirmamos que las cantidades de obra indicadas no están repetidas en distintas estimaciones; y por tanto, no procede ninguna deducción por este concepto. El error posiblemente est[é] motivado por el continuo cambio de Ingeniero Residente de su representada, ya que los anteriores Ingenieros habían aprobado estos trabajos, siempre soportados por la correspondiente documentación.»*⁴⁴⁰

723. El 13 de noviembre de 2007, Inocsa solicitó a Elsamex realizar nuevas modificaciones en la Estimación No. 32:

*«Previo a la liquidación del contrato hemos realizado una revisión a las cantidades incluidas en el mismo y hemos encontrado obra ejecutada por un monto de **USD\$64,524.13**, la cual no está debidamente soportada o repetida en dos estimaciones diferentes, por lo que le solicitamos que dicha obra sea retirada en la estimación No. 32. Le recordamos que la estimación nos la enviaron corregida el día 02 de noviembre de 2007, según lo solicitado en nuestro oficio IR 136/2007, por lo que esa es la nueva fecha de ingreso. Le solicitamos solucionar a la brevedad posible dichas observaciones para darle trámite a la estimación.»*⁴⁴¹

724. Elsamex afirma que, no obstante las objeciones anteriores, el 14 de noviembre de 2007, Inocsa aprobó y firmó la Estimación No. 32 sin las deducciones solicitadas y la misma fue pagada por SOPTRAVI (Elsamex, ¶140, MD). Como prueba de lo anterior adjunta el Oficio IR-152/2007 con la fecha antes mencionada. Sin embargo el documento aportado por Elsamex sólo contiene copia del oficio y no prueba de la firma y aprobación

⁴³⁹ Oficio No. IR 136/2007, en Elsamex, Doc. D-4, MCEJ.

⁴⁴⁰ Oficio No. TD-178/2007, en Elsamex, Doc. D-8, MCEJ.

⁴⁴¹ Oficio No. IR-149/2007, en Elsamex, Doc. D-119, MRFyCR.

de la estimación o de su pago. En la mencionada comunicación, Inocsa incluye la siguiente aclaración:

«Adjunto remitimos la estimación No. 32 del proyecto de la referencia, en el entendido que en la próxima certificación de pago se realizarán los ajustes incluidos en el oficio IR-149/2007.»⁴⁴²

725. El oficio al que hace referencia Inocsa es el de fecha 13 de noviembre citado en el párrafo anterior.

726. En línea con lo anterior, Elsamex afirma que al presentar la Estimación No. 34 el 14 de diciembre de 2007, mediante oficio TD-246/07, Inocsa solicitó la deducción de los **USD\$64,524.13** a pesar de que los trabajos ya habían sido reconocidos y pagados (Elsamex, ¶ 141 MD).

727. Así el 17 y 20 de diciembre de 2007 Inocsa contesta los oficios TD-246/07 y TD-247/07 de Elsamex solicitándole en ambos casos retirar los **USD\$64,524.13** del certificado de pago puesto que no consideraba que dichos valores hubieran sido justificados por Elsamex.⁴⁴³ Elsamex remitió la Estimación No. 34 el 21 de diciembre de 2007, con los cambios solicitados por Inocsa, aclarando que los mismos no resultaban aceptables y resaltando su solicitud de someter la decisión al trámite de conciliación previsto en el Contrato.⁴⁴⁴

728. Inocsa respondió la comunicación anterior el 10 de enero de 2008 indicando respecto a la Estimación 34 *«con suma extrañeza hemos observado que se incluyen las reparaciones de las fallas entre **estaciones 19+993-20+022, 20+032-20+055 lado derecho, 20+078-20+149.50 lado izquierdo**, desconocemos las razones por las cuales se incluyen en este certificado en los ítems de excavación común, sub-base, base triturada y concreto asfáltico, ya que no se ha ejecutado **ningún trabajo en esas estaciones**, le solicitamos revisar bien sus cálculos y así evite retrasos en la aprobación de este documento.»⁴⁴⁵*

729. Atendiendo a la solicitud de Inocsa, el 10 de enero de 2008, Elsamex remitió nuevamente la Estimación No. 34 reiterando que la presentación de la estimación no implicaba aceptación de los cambios ordenados.⁴⁴⁶

730. Posteriormente, el 14 de enero de 2008 Inocsa presentó una nueva objeción a la Estimación 34: *«Nos extraña que sigan incluyendo en su estimación no. 34 obra ejecutada después del 03 de diciembre del 2007, siendo el período de la misma del 21 de*

⁴⁴² Oficio No. IR-152/2007 del 14 de noviembre de 2007 en Elsamex, Doc. D-119, MRFyCR.

⁴⁴³ Oficios No. RL-201/2007 e IR-210/2007 en Elsamex, Doc. D-20, MCEJ. En el Oficio del 17 de diciembre, RL-201/2007, Inocsa expresa: *«En vista que a la fecha Elsamex no justificó las cantidades indicadas en nuestros oficios RL-136/2007 e IR-149/2007 le solicitamos deducir en esta estimación los US\$ 64,524.13 correspondientes a dicha revisión.» «Por lo que puede pasar por nuestras oficinas a recoger la estimación No. 34, para que realice las correcciones anteriormente mencionadas.»*

⁴⁴⁴ Oficios No. TD-258/07 de Elsamex a Inocsa en Elsamex, Doc. D-29, MCEJ.

⁴⁴⁵ Oficio No. IR-01/2008, Informe de Inocsa de enero de 2008, Honduras, Anexo 9-LL, MCD.

⁴⁴⁶ Oficios No. TD-003/08 de Elsamex a Inocsa, en Elsamex, Doc. D-29, MCEJ.

noviembre al 03 de diciembre del año recién pasado. Como pueden comprobar, existen notas giradas y anotaciones en bitácora que así lo demuestran.»⁴⁴⁷

731. Las Partes se reunieron el 29 de enero de 2008 y, conforme afirma Elsamex, acordaron dividir los trabajos reclamados en la Estimación 34 de la siguiente forma: La Estimación 34 contendría los trabajos efectuados del 20 de noviembre al 3 de diciembre del 2007 y la Estimación 35 aquellos efectuados del 4 de diciembre al 20 de diciembre de 2007 (¶142, MD). De la lectura de la Ayuda Memoria de la reunión sostenida por las Partes el 29 de enero de 2008,⁴⁴⁸ se colige que la explicación para la división de los pagos en dos estimaciones se dio debido a que la Supervisión consideraba que la obra ejecutada después del 3 de diciembre y hasta el 21 de diciembre no podía ser pagada con fondos de la Modificación No. 4 (la cual finalizó el 3 de diciembre de 2007). Nótese que Honduras no explicó la situación anterior ni refutó la afirmación de Elsamex en ninguno de los escritos presentados.

732. En oficio de fecha 19 de febrero de 2008 Inocsa volvió a objetar las estimaciones afirmando que se había revisado la documentación remitida por Elsamex y que la obra por el monto de **USD\$ 64,524.13** había sido ya cobrada.⁴⁴⁹

733. Finalmente, en oficio del 26 de febrero de 2008, Inocsa indica a Elsamex *«en relación a los USD\$64,524.13, que recomendamos retirar desde las estimaciones 31, 32, 33 y 34, y que a la fecha no ha efectuado, le recordamos que debe retirarlos de esta estimación y evitar retrasos en la aprobación de la misma».*⁴⁵⁰

734. Elsamex siguió insistiendo en el pago de las Estimaciones 34 y 35⁴⁵¹ el cual no se realizó hasta después de haber efectuado las deducciones en las mismas conforme lo solicitado por la Supervisión. El 4 de marzo de 2008, Elsamex presentó las Estimaciones 34 y 35 a Inocsa con las deducciones y cambios requeridos por ésta, indicando su desacuerdo.⁴⁵² Las mismas fueron autorizadas por Inocsa ese mismo día.⁴⁵³

735. El Árbitro Único no considera que la Demandante haya probado satisfactoriamente que las deducciones efectuadas fueron indebidas.

736. En cuanto a los interés por mora reclamados por el retraso en el pago de las estimaciones 34 y 35, Elsamex afirma que las mismas fueron pagadas por Honduras el 13 de mayo de 2008, casi cinco meses luego de su presentación;⁴⁵⁴ más allá del plazo de

⁴⁴⁷ Oficio No. RL-09/2008 del 14 de enero de 2008, Informe de Inocsa de enero de 2008 en Honduras, Anexo 9-LL, MCD.

⁴⁴⁸ Ayuda Memoria de la reunión sostenida entre la Dirección, Unidad Ejecutora, Elsamex e Inocsa el 29 de enero de 2008, adjunta a oficio No. TD-029/08 remitido por Elsamex a Inocsa el 12 de febrero de 2008 en Elsamex, Doc. D-30, MCEJ.

⁴⁴⁹ Oficio No. RL-26/2008, en Elsamex, Doc. D-31, MCEJ y Doc. D-122, MD: *«En relación a la obra no ejecutada, que solicitamos rebajar en nuestros [sic] oficio IR-210/2007 e IR-01/2008 (US\$ 64,524.13), le informamos que hemos revisado la documentación que nos enviaron y le aclaramos nuevamente que dicha obra fue cobrada en dos ocasiones, por lo que le solicitamos no la siga incluyendo más en sus certificaciones de pago, y proceda a realizar la respectiva deducción en esta estimación»*

⁴⁵⁰ Oficio No. RL-34/2008 en Elsamex, Doc. D-32, MCEJ.

⁴⁵¹ Ver oficios de Elsamex del 21 y 25 de febrero de 2008 en Elsamex, Doc. D-33, MCEJ.

⁴⁵² Oficio No. TD-044/08 de Elsamex a Inocsa, del 3 de marzo de 2008, en Elsamex, Doc. D-123, MD.

⁴⁵³ Ver oficios en Elsamex, Doc. D-124, MD.

⁴⁵⁴ Elsamex, Doc. D-126, MD.

8 días establecido en la cláusula 42.2 de las condiciones del Contrato para que el Gerente de Obras verifique las liquidaciones y certifique el monto a pagarse.

737. Elsamex no menciona, sin embargo, la cláusula 43.1 del Contrato que se refiere a pagos y establece que «*el Contratante deberá pagar al Contratista, dentro de los 60 días contados desde la fecha que cada certificación sea debidamente aceptada a satisfacción de la Dirección General de Carreteras*» o el artículo 193 del RLCE.⁴⁵⁵ Las estimaciones 34 y 35 fueron aceptadas por la Supervisión el 4 de marzo de 2008 y remitidas en esa misma fecha por Elsamex a SOPTRAVI.⁴⁵⁶ Los pagos se hicieron el 13 de mayo de 2008, esto es, 70 días⁴⁵⁷ después de que la certificación de pago haya sido debidamente aceptada. Adicionalmente, Elsamex no ha demostrado haber efectuado reserva de su derecho al cobro de dichos intereses en la estimación siguiente. El artículo 1369 del Código Civil hondureño extingue la obligación del deudor al pago de intereses, si el acreedor no hace reserva de estos al momento de recibir el capital. Por lo tanto, al Elsamex no haber ofrecido prueba de haber hecho reserva expresa, el Árbitro Único concluirá que la Demandante perdió su derecho al cobro de intereses.

738. El Árbitro Único no considera de aplicación a los reclamos contenidos en esta sección el artículo 29 de la LPA sobre silencio administrativo, alegado por la Demandante.

739. Por lo antes expuesto, todos los reclamos contenidos en esta sección son desestimados.

2.3. Obligación de pago por trabajos extraordinarios

2.3.1. ¿Incurrió Honduras en un incumplimiento contractual o violó la Ley al no pagar los trabajos extraordinarios de reparación de la falla del km. 16 (zonas inestables) ejecutados por Elsamex?

2.3.1.1. Definición de la Cuestión

740. En esta sección se consolidan los reclamos por el no pago de trabajos adicionales y trabajos extraordinarios en zonas inestables, en vista de que el reclamo es duplicativo en su esencia. La falla geológica del km. 16 presentó diversos problemas durante la ejecución de la obra y los fondos de la Administración nunca fueron suficientes para cubrir el costo de una solución definitiva.

⁴⁵⁵ «*El contratista deberá presentar sus facturas o estimaciones de obra en forma correcta, cualquiera fuere la modalidad de pago; estas facturas o estimaciones y los documentos que las justifiquen estarán sujetas a verificación y aprobación por el Supervisor designado por la Administración, para lo cual dispondrá de un plazo no mayor de diez días hábiles; si resultare de dicha verificación que la información proporcionada no es correcta o si es incompleta o no estuviere suficientemente sustentada, se declarará así y se devolverá al contratista para su oportuna corrección.*»

⁴⁵⁶ Ver oficios en Elsamex, Doc. D-124, MD.

⁴⁵⁷ Conforme lo establecido en la sección de Definiciones de las Condiciones del Contrato "Días" significa días calendario.

2.3.1.2. Posición de las Partes

a) Elsamex

741. Elsamex ejecutó trabajos extraordinarios que fueron ordenados por Inocsa y no estaban previstos en el Contrato original en el contexto de la reparación de zonas inestables y, por ende, respecto de los cuales no se había pactado un precio específico. Entre estos trabajos se encuentra la reparación de zonas inestables, la cual implicó trabajos de excavación, extendido y compactación especiales⁴⁵⁸ ejecutados de conformidad con las instrucciones verbales de Inocsa. Elsamex considera que el precio pagado por estos trabajos no debió ser equivalente al previsto para las actividades de "Excavación de Baches" y/o "Bacheo Ordinario" previstas en el Contrato, por las siguientes razones: (a) el alcance del Proyecto original no contemplaba estos trabajos; (b) se trata de actividades distintas cuando las mismas son ejecutadas con el propósito de reparar zonas inestables; (c) los trabajos de reparación de zonas inestables ordenados constituyeron una variación en los términos del Contrato; (d) los pagos parciales no extinguen la obligación de la Administración de pagar la totalidad de la obra ejecutada; y (e) Elsamex propuso un precio razonable, que no fue refutado en tiempo y, por ende, operó el silencio administrativo positivo. A continuación se explica el razonamiento tras cada uno de estos argumentos.

742. Primero, Elsamex señala que, salvo trabajos puntuales, la rehabilitación de las capas inferiores de la Carretera (específicamente, la sub-base y la subrasante) se encontraba fuera del alcance del Proyecto encomendado al Contratista. En consecuencia, los trabajos extraordinarios de reparación de zonas inestables no eran previsibles en un proyecto de rehabilitación que no tenía presupuestado trabajar en las capas inferiores, tal y como requieren estos trabajos. El Contratista se basa en las diferencias técnicas entre la rehabilitación y la reconstrucción para explicar que la primera no involucra el mejoramiento de la subbase o subrasante de la Carretera, mientras que la segunda implica la colocación de una subbase y una base nuevas. (Elsamex, ¶¶370-373, MRFyCR).

743. Segundo, Elsamex argumenta que los ítems bajo las cuales fueron pagados los trabajos de reparación de zonas inestables no corresponden a las actividades realizadas porque hay una diferencia enorme entre el rendimiento de las actividades previstas en el Contrato y las actividades ligadas a la reparación de zonas inestables que fueron ejecutadas.⁴⁵⁹ Elsamex alega que SOPTRAVI insistió en equiparar unos trabajos con otros, rechazó los precios unitarios propuestos por el Contratista y, abusando de su posición dominante, efectuó un pago de dichas actividades sin tomar en cuenta su complejidad, envergadura y carácter extraordinario. (Elsamex, ¶¶148-167, MD).

744. Tercero, Elsamex argumenta que estos trabajos de reparación de zonas inestables constituyen una variación en los términos de la Cláusula 1.1 del Contrato porque los trabajos ordenados para reparar las zonas inestables identificadas durante la obra

⁴⁵⁸ Concretamente, las actividades de reparación de zonas inestables comprendieron: (i) excavación para bacheo; (ii) extendido y compactación de sub-base; (iii) extendido y compactación de base; y (iv) extendido y compactación de concreto asfáltico.

⁴⁵⁹ Adicionalmente, si se compara el rendimiento en uno y otro caso, se obtiene lo siguiente: (i) excavación: 31.42 m³/h v. 12m³/h; (ii) colocación extendido y compactación de sub-base: 12m³/h v. 6m³/h; (iii) colocación extendido y compactación de base: 62m³/h v. 4.1m³/h; y (iv) colocación extendido y compactación de concreto asfáltico: 45m³/h v. 2m³/h.

estaban por fuera del alcance de los Contratos. Si bien la Lista de Cantidades y Precios Unitarios incluía "excavación común" y "extendido y compactación de concreto asfáltico" para el Bacheo Ordinario y además un ítem de "Excavación de Baches", para Elsamex es tan evidente que no se trataban de las mismas actividades que la Administración redujo la cantidad de excavación para baches contemplada en la Modificación No. 1 de 15.000m³ a lo largo del Contrato a menos de 1.500m³, y paralelamente ordenó la ejecución extraordinaria de 72.333,57m³ de reparación de zonas inestables⁴⁶⁰ (incluyendo la excavación para bacheo de zonas inestables) (Elsamex, ¶157, MD). A juicio de Elsamex, lo anterior demuestra que la Administración también reconocía que éstas se trataban de actividades diferentes.

745. Por consiguiente y, en cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 40.2 del Contrato, Elsamex presentó una cotización con nuevos precios el 23 de noviembre de 2006,⁴⁶¹ y luego la Supervisión contestó el 30 de noviembre de 2006 precisando los trabajos a realizar "cuando en un tramo del proyecto en construcción sea detectada una zona inestable" pero determinó que sólo pagaría los precios previstos en el Contrato (Elsamex, Doc. D-14, MCEJ). A continuación se puede observar la comparación entre el precio cotizado por Elsamex y el precio máximo aceptado por Inocsa:

Actividad de Reparación de Zonas Inestables Ejecutadas	Precio Cotizado por Elsamex	Actividades a las que Inocsa equipara los trabajos ejecutados	Precio Máximo Aceptado por Inocsa y pagado
Excavación para Bacheo	USD\$5,68/m ³	Excavación común	USD\$1,90/m ³
Extendido y compactación de sub-base	USD\$46,00/m ³	Extendido y compactación común de sub-base	USD\$16,15/m ³
Extendido y compactación de base	US\$67,6/m ³	Extendido y compactación común de base	US\$16,80m ³
Extendido y compactación de concreto asfáltico	US\$203,16/m ³	Extendido y compactación de concreto para bacheo	US\$46m ³

746. Al respecto, Elsamex argumenta que si bien el Contrato permite que la Supervisión varíe y modifique el precio del Contrato conforme a su propia estimación, cuando la cotización del Contratista no fuere razonable, dicha facultad no implica discrecionalidad absoluta para fijar los precios de los trabajos extraordinarios.

747. En resumen, Elsamex reclama la diferencia entre el precio cotizado por éste y el precio al que efectivamente le pagaron las actividades extraordinarias realizadas (o precio ordinario), es decir **USD\$2.542.654,32**⁴⁶² más intereses (Elsamex: ¶161-162, MD;

⁴⁶⁰ Las actividades de reparación de zonas inestables comprendieron: (i) excavación para bacheo; (ii) extendido y compactación de sub-base; (iii) extendido y compactación de base; y (iv) extendido y compactación de concreto asfáltico.

⁴⁶¹ Ver oficio TD-185/06 del 23 de noviembre de 2006 (Elsamex, Doc. D-14, MCEJ).

⁴⁶²

Actividades de Reparación de Zonas Inestables Ejecutadas	Diferencia entre el precio propuesto y el importe pagado por el trabajo ejecutado
Excavación para Bacheo	USD\$183.474,81
Extendido y compactación de sub-base	USD\$712.812,03

Apéndices 18-19, MCEJ). Asimismo, Elsamex aclara que en el supuesto de que el Tribunal considere que las actividades de reparación de zonas inestables no son un trabajo extraordinario, y que a estos trabajos resultan de aplicación los precios unitarios previstos para otras actividades, Elsamex reclama únicamente el pago de **USD\$279.624** que resulta de la aplicación del precio unitario contractualmente acordado de USD\$7,50/m³ (previsto para Excavación de Baches) a la cantidad de 52.829,32m³ de trabajos de excavación asociados a la reparación de zonas inestables, deduciendo los importes ya pagados por esta actividad (Elsamex: Apéndice 20, MCEJ; ¶163, MD).

748. Cuarto, para Elsamex el anticipo o pago parcial efectuado por la Administración no ha extinguido la obligación de pago de SOPTRAVI, ya que los mismos estaban sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produjeran en la medición final (Art. 192 del RLCE). Independientemente de los anticipos previamente desembolsados, la Administración tiene la obligación de pagar las cantidades de obra ejecutada (Art. 73 de la LCE y Cláusula 3 del Contrato).

749. Finalmente, Elsamex recalca que presentó las reclamaciones derivadas de los trabajos extraordinarios de reparación de zonas inestables el 26 de diciembre de 2007⁴⁶³ y sólo recibió una respuesta formal de SOPTRAVI, sin entrar en el fondo del asunto, el 16 de mayo de 2008. Por lo tanto, el Contratista considera que opera el silencio administrativo positivo y debe desestimarse toda oposición por su extemporaneidad. (Elsamex, ¶167, MD). Además considera que se le adeudan intereses al haberse vencido el plazo previsto en el Art. 29 de la LPA.

b) Honduras

750. Teniendo en cuenta que el Proyecto Tegucigalpa - Danlí era de rehabilitación y, considerando la situación de la Carretera con anterioridad a la licitación del Proyecto, para Honduras resulta evidente que se presentarían reparaciones de zonas inestables. Por esa razón, en el Documento de Licitación se incluyeron especificaciones especiales correspondientes a las actividades antes indicadas, mediante las cuales, por ser muy amplias, se pueden realizar todas las actividades reclamadas por el Contratista, a los precios unitarios del Contrato.

751. Además, para Honduras era claro que las zonas inestables debían ser reparadas como parte de la rehabilitación de la Carretera, a partir de la definición de "Obras" (Cláusula 1era del Contrato), sin que pueda alegarse que las reparaciones de bases inestables no eran "necesarias" o no caían dentro del alcance de las "obras" por el precio pactado. No existe base contractual para que Honduras pague a Elsamex los costos de reparación de zonas inestables de manera específica bajo el pretexto de que dichos trabajos no estaban contemplados en la Lista de Cantidades. Honduras considera que Elsamex fue pagado de conformidad con los precios establecidos por la Supervisión y no de acuerdo con los precios inflados en sus cotizaciones (10 veces mayores a los contratados). De manera

Extendido y compactación de base para bacheo	USD\$566.681,71
Extendido y compactación de concreto asfáltico para bacheo	USD\$1.079.793,67
Total	USD\$2.542.654,32

⁴⁶³ Oficio TD-260/07 del 26 de diciembre de 2007

que el reclamo por **USD\$2.543.654,32** no procede. (Honduras, ¶107, MCD; ¶67-168, MDFyRR; ¶134, MCH).

2.3.1.3. Consideraciones del Árbitro Único

752. La Supervisión ordenó la colocación de 25 toneladas de concreto asfáltico y el mejoramiento del deslizamiento de la calzada entre el KM 16+260 y el KM 16+350. Elsamex ejecutó estos trabajos el 18 de octubre y los cobró en la Estimación No. 32. No obstante lo anterior, Inocsa se negó a aprobar el pago de dichos trabajos al precio solicitado por Elsamex. (Elsamex, ¶43, Apéndice I, MCEJ)⁴⁶⁴
753. En opinión de este Árbitro es evidente que una rehabilitación no es lo mismo que una reconstrucción de Carretera y que comprenden actividades de obra diferentes. Sin embargo, también es cierto que el Documento de Licitación advertía de la existencia de zonas geológicamente inestables que el Contratista debió tomar en cuenta al momento de la oferta. De manera que, la discusión entre las Partes sobre esta materia presenta cierta complejidad pues, por un lado, teóricamente el Contrato dispone que de no contemplarse una actividad específicamente, la misma se encuentra incorporada en otra actividad o ítem, y por el otro lado, desde el punto de vista práctico, no tiene sentido interpretar que las actividades de reparación de zonas inestables estaban incorporadas en las actividades de excavación común y excavación para bacheo regulares cuando la práctica de ingeniería sugiere lo contrario y el propio comportamiento de la Administración indica que una cosa nada tenía que ver con la otra.⁴⁶⁵
754. Este Árbitro concluye que la instrucción de ejecutar las actividades a la brevedad sin solicitar una cotización del Contratista, dada la urgencia de los trabajos, encaja dentro de la definición de evento compensable descrita en la Cláusula 44.1(g) del Contrato⁴⁶⁶ en lugar de una variación como lo indica Elsamex. Lo anterior, por cuanto el Gerente de Obras dio la instrucción de ejecutar dichas obras "a la brevedad" sin antes solicitar la cotización correspondiente. Nótese que la Cláusula 44.2 contempla que «*si un evento compensable ocasiona costos adicionales (...) se aumentará el precio del Contrato (...).*» A partir de lo expuesto por Elsamex, este Árbitro concluye que los trabajos ordenados son mucho más costosos que los trabajos efectivamente pagados.
755. Asimismo, la Cláusula 44.3 exige al Contratista proporcionar información sobre los efectos de cada evento compensable en el costo previsto y al Gerente de Obras determinar si la misma es razonable o de lo contrario ajustarla según su propia estimación. El Contrato advierte que el Contratista no tiene derecho a ninguna compensación cuando los intereses del Contratante se ven perjudicados por la falta de colaboración o aviso anticipado del Contratista. Este no fue el caso. Elsamex procedió oportunamente a completar los trabajos ordenados en la falla del Km. 16 sin queja alguna

⁴⁶⁴ Ver Oficio IR-136/2007 de fecha 31 de octubre de 2007 (Elsamex, Doc. D-4, MCEJ) y Oficio RL-145/2007 de fecha de 5 de noviembre de 2007 (Elsamex, Doc. D-34).

⁴⁶⁵ Ver reducción de cantidad de Excavación para Baches en Datos del Contrato en la Modificación No. 4 indicada por Elsamex.

⁴⁶⁶ La Cláusula 44.1 del Contrato sobre eventos compensables reza lo siguiente:

«44.1 Los siguientes eventos serán *eventos compensables*: (...) (g) El Gerente de Obras imparte instrucciones para resolver una situación imprevista causada por el Contratante, o por otros trabajos adicionales necesarios por razones de seguridad u otros motivos. (...)

por parte de la Administración. La diferencia entre las Partes surgió al momento del cobro correspondiente.

756. En el caso concreto, la Supervisión determinó equiparar la compensación de actividades que, por su naturaleza y complejidad, no eran semejantes y rechazó la cotización presentada por Elsamex. Cuando el Contratista manifestó su desacuerdo, al igual que frente a la mayoría de los reclamos, la Administración decidió bloquear todo acceso al mecanismo de resolución de controversias pactado (Elsamex, ¶44-45, Apéndice I, MCEJ).⁴⁶⁷ Aun cuando este Árbitro reconoce que el Contrato le otorgaba la facultad al Gerente de Obras de revisar el precio cotizado por el Contratista tanto para actividades que constituían una variación como para los eventos compensables (cuando el mismo no fuere razonable), permitiéndole incluso utilizar parámetros de precios contractuales, en opinión de este Árbitro, de ninguna manera puede aceptarse la arbitrariedad por parte de la Administración porque ello rompería el equilibrio económico financiero del Contrato.⁴⁶⁸ Al respecto debe tenerse en cuenta la limitación impuesta a las prerrogativas de la Administración por los derechos del Contratista en el Art. 119, numeral 2 de la LCE, el cual dispone que las modificaciones se hacen sin perjuicio de las compensaciones económicas que le correspondan al Contratista.

757. Se aclara que si bien Elsamex reclamó una cantidad sustancialmente inferior por el mismo concepto en diciembre de 2007, ello se explica porque las cantidades de m³ cubiertas en cada reclamo son distintas.⁴⁶⁹

758. Frente al monto total reclamado por Elsamex en su Demanda cabe anotar que, al analizar la justificación discriminada de los precios unitarios presentados por Elsamex, este Árbitro concluye que el cargo administrativo es excesivo. En opinión del Árbitro, la Demandante no explicó ni justificó satisfactoriamente la razonabilidad de computar un cargo administrativo del 26% (equivalente al porcentaje cargado sobre dichas actividades para las obras comunes) cuando los precios unitarios de estas actividades en zonas inestables son significativamente superiores, sin que necesariamente impliquen mayor costo administrativo.

⁴⁶⁷ Nótese que Elsamex sometió la controversia formalmente a la consideración inicial de SOPTRAVI el 26 de diciembre de 2007 mediante oficio TD-260/2007 con la correspondiente tabla explicativa del reclamo, así como adjuntando la orden de Inocsa de ejecutar los trabajos a la brevedad dado el peligro que representa la falla mediante oficio RL-122/2007 el 12 de octubre de 2007. (Elsamex, Doc. D-35, MCEJ).

⁴⁶⁸ Ver discusión detallada sobre la aplicación de este principio en Honduras en ORELLANA, E. Óp. cit, ¶325-326, págs. 493-99.

Actividades de Reparación de Zonas Inestables Ejecutadas	Diferencia entre el precio propuesto y el importe pagado por el trabajo ejecutado (<u>Reclamo desde diciembre de 2007</u>)	Diferencia entre el precio propuesto y el importe pagado por el trabajo ejecutado (<u>Reclamo Demanda</u>)
Excavación para Bacheo	USD\$37.282,87 (10.826,85m ³)	USD\$183.474,81 (52.929,32 m ³)
Extendido y compactación de sub-base	USD\$199.941,91 (7.498,60m ³)	USD\$712.812,03 (8.082,83 m ³)
Extendido y compactación de base para bacheo	USD\$129.393,07 (2.708,25m ³)	USD\$566.681,71 (11.793,71 m ³)
Extendido y compactación de concreto asfáltico para bacheo	USD\$186.658,96 (1.353,94 m ³)	USD\$1.079.793,67 (7.710,54 m ³)
Total	USD\$553.276,81	USD\$2.542.654,32

759. Por lo anterior, este Árbitro decidió recalcular los precios para zonas inestables con base en el mismo monto de cargo administrativo computado en los precios de las actividades comunes, obteniendo un valor total de **USD\$2.074.771,82**⁴⁷⁰ a favor de Elsamex.

2.3.2. ¿Incurrió Honduras en un incumplimiento contractual o violó la Ley al no pagar los gastos de geomalla en los que incurrió Elsamex?

2.3.2.1. Definición de la Cuestión

760. Como resultado de las revisiones al diseño previsto para el Proyecto con posterioridad a la suscripción del Contrato, la Administración adoptó la decisión de instalar una geomalla para reforzar los primeros kilómetros de la vía, siendo el tramo de mayor tráfico y, por consiguiente, más susceptible al desgaste prematuro. Este cambio estructural al diseño del Proyecto fue incorporado mediante la Modificación No.1. No obstante, más adelante, la Administración decidió eliminar la geomalla, por considerar que la misma no era necesaria. Para la fecha de la antedicha decisión, Elsamex ya había realizado la orden correspondiente y, por ende, estaba comprometida con el proveedor de la geomalla al pago de la misma. Por lo anterior, el Contratista reclama el reembolso de los gastos acordados en la conciliación con el proveedor de la geomalla. A continuación se describirá brevemente la posición de las Partes al respecto y luego las consideraciones del Árbitro sobre el asunto.

2.3.2.2. Posición de las Partes

a) Elsamex

761. Elsamex argumenta que durante la ejecución del Contrato, SOPTRAVI e Inocsa decidieron utilizar una alternativa de diseño del Proyecto que implicaba la instalación de una geomalla entre las estaciones 0+000 y 3+500. Elsamex considera que (i) recibió una orden clara para adquirir e instalar 40,000m² de geomalla entre las dos bases de la Carretera, (ii) cumplió con girar la orden correspondiente al proveedor y, además (iii) cuando Inocsa canceló dicha orden, Elsamex intentó cancelar el pedido al proveedor, pero éste reclamó judicialmente el cumplimiento del compromiso contractual. Aún cuando Elsamex consiguió alcanzar un acuerdo extrajudicial con el proveedor, Elsamex tuvo que desembolsar USD\$59.540 por este concepto.

762. Los gastos incurridos en la geomalla no fueron reembolsados por SOPTRAVI porque Inocsa argumenta que nunca se autorizó específicamente la compra de la misma. Elsamex alega que hay lugar a una compensación en su favor por este concepto, por valor de USD\$59.540 más intereses (Elsamex, ¶¶169-184, Docs. D-130-136, D-140 y Apéndice 21, MD; Doc. D-36, MCEJ).

⁴⁷⁰ Este valor se obtiene de sumar los siguientes valores obtenidos con precios ajustados: USD\$146.779,87 (Excavación para bacheo), USD\$570.249,48 (Extendido y compactación de subbase), USD\$453.258,88 (Extendido y compactación de base), y USD\$904.483,59 (Extendido y compactación de concreto asfáltico). Los precios fueron ajustados con base en la siguiente fórmula: $0.26 / (1 + .26 + .04 = 1.30) = 0.2$. Es decir, que el 20% del precio unitario cotizado consistía en costos administrativos. Este 20% fue el porcentaje eliminado del cómputo.

b) Honduras

763. Si bien Honduras reconoce que la colocación de la geomalla fue incluida en la Modificación No. 1 (suscrita el 19 de enero de 2006), la Demandada alega que Elsamex hizo el pedido del material desde el 21 de junio de 2005, es decir, casi siete meses antes de entrar en vigencia la respectiva Modificación.⁴⁷¹ A juicio de Honduras, el Contratista llevó a cabo dicha acción sin recibir orden alguna de la DGC, ni de la Supervisión y, antes de que el concepto de geomalla se hubiese incorporado legalmente dentro del Proyecto. Por lo expuesto anteriormente, para Honduras, el reclamo por concepto de gastos de geomalla no procede (Honduras, ¶108, MCD).

2.3.2.3. Consideraciones del Árbitro Único

764. A continuación se esbozará un resumen de los acontecimientos alrededor de las decisiones de (i) instalar la geomalla para reforzar los primeros kilómetros de la vía y, más adelante, (ii) eliminar la misma del Proyecto. Luego se analizará si jurídicamente procede la reclamación planteada por Elsamex.

765. El 15 de marzo de 2005, SOPTRAVI remitió una comparación de costos entre las alternativas planteadas de base negra v. geomalla, concluyendo que esta última representaba un ahorro del 84% respecto a la primera y, que además tenía otras ventajas, por lo cual recomendaba el uso de la geomalla para los primeros 5 kilómetros (Demandante, D-167, MRFyCR). A partir de lo anterior, desde el 19 de marzo de 2005 Inocsa solicitó una cotización para el uso de la geomalla a Elsamex. Luego, las Partes se reunieron el 4 de mayo de 2005 y consensuadamente eligieron la alternativa que contemplaba la instalación de la geomalla.⁴⁷²

766. Como se describió en la Sección de "Hechos", el 24 de junio de 2005, Elsamex le informó a SOPTRAVI que (i) había alcanzado un acuerdo con la Supervisión respecto a los precios de las nuevas partidas del Proyecto, incluyendo la geomalla (USD\$3,86/m²), y (ii) había suscrito el contrato de compra de la geomalla. Ante lo anterior, Inocsa procedió a negar tales acuerdos con Elsamex.⁴⁷³ No obstante, el 15 de julio de 2005 Inocsa le

⁴⁷¹ Ver documento adjunto al Oficio TD-75/06 del 18 de abril de 2006 que contiene la demanda interpuesta por el proveedor de la geomalla.

⁴⁷² Según se describió en la sección de "Hechos", esta alternativa comprendía lo siguiente: (a) de la estación 0+000-3+500, instalar geomalla agregando una capa de base nueva de 15 cms.; y (b) de la est. 3+500 en adelante, ejecutar el Proyecto con la utilización de emulsión asfáltica, añadiéndole 5 cms. de base nueva. Asimismo, se decidió que el Proyecto se ejecutaría con los fondos contratados hasta donde se ajustaran al nuevo diseño del pavimento. La Supervisión se comprometió a entregar un estimado de la utilización de base negra y geomalla el 10 de mayo de 2005. El 12 de mayo de 2005, Inocsa le propuso a SOPTRAVI el refuerzo de geomalla y el refuerzo de 15 cms desde la estación 0+400 hasta la estación 3+700 y de ahí en adelante un refuerzo de 5 cms de base, estabilizar la carpeta y la base existente con emulsión asfáltica. Todo ello con el mismo pavimento del diseño original. La propuesta tenía un costo de aprox. US\$8 millones de dólares por encima del presupuesto del Contrato. (Honduras, Anexo 9-F, MCD). En la reunión del 23 de mayo de 2005, se indicó expresamente que el Contratista debía proseguir el Proyecto aplicando la alternativa basada en el empleo de geomalla y base negra. Luego, el 24 de mayo de 2005, SOPTRAVI pidió autorización para instalar la geomalla en los primeros 3.7 kms a la DGC.

⁴⁷³ Ver oficio del 30 de junio de 2005 en el Informe Mensual de Inocsa de junio de 2005 (Honduras, Anexo 9-G, MCD).

remitió a Elsamex las instrucciones para colocar la geomalla con su correspondiente ubicación (Informe Mensual Inocsa, julio de 2005 en Honduras, Anexo 9-H, MCD).

767. El 3 de agosto de 2005, SOPTRAVI le comunicó a Inocsa que el precio acordado con el Contratista para la "Geomalla BX-1200" era de USD \$3,86/m².⁴⁷⁴ Mediante carta de SOPTRAVI a Inocsa del 9 de septiembre de 2005, quedó confirmada la decisión de utilizar la geomalla en los primeros 3.7 kms. y sólo quedó pendiente la aprobación por parte del ente crediticio para modificar el diseño del Proyecto. A finales de diciembre de 2005 llegó la "No objeción" de España para el nuevo diseño,⁴⁷⁵ y en enero de 2006 se suscribió la correspondiente Modificación No. 1 que incorporaba, entre otras cosas, la instalación de la geomalla.
768. A pesar de lo anterior, en los meses venideros Inocsa comenzó a expresar dudas sobre la necesidad de utilizar la geomalla. El 10 de marzo de 2006, Inocsa indicó que estaba próxima a recibir los resultados que le permitirían pronunciarse sobre su necesidad. Elsamex manifestó que había adquirido compromisos con los proveedores y, por lo tanto, en el evento en que se decidiera no utilizar la geomalla, le causarían un perjuicio financiero. La Administración manifestó que las acciones emprendidas por el Contratista para comprar la geomalla habían sido tomadas bajo el propio riesgo de éste, pues el Contratista había enviado la orden de compra al proveedor incluso antes de haberse suscrito la Modificación No. 1 (es decir, antes de que los nuevos conceptos fuesen legalizados) (Honduras, Anexo 9-P, MCD; Elsamex, Apéndice I, ¶49, MCEJ).
769. Luego transcurrieron eventos que aumentaron la confusión. Por un lado, el 23 de marzo de 2006 la Unidad Ejecutora le envió a Elsamex las especificaciones técnicas de la geomalla. Por el otro lado, 5 días después, Inocsa le notificó a SOPTRAVI que definitivamente había decidido que no era conveniente utilizar la geomalla en el tramo inicial de la Carretera, junto con la justificación técnica respectiva (Informe Mensual Inocsa de marzo 2006 en Honduras, Anexo 9-P, MCD). En este punto, era tan evidente que la Administración había actuado de manera descoordinada y confusa que, el 3 de abril de 2006, Inocsa le solicitó a SOPTRAVI adoptar una decisión respecto a la geomalla, y le advirtió que *«en caso que su decisión final consista en la no colocación de este elemento (i.e. la geomalla), podrían llegar a producirse reclamaciones por parte del contratista en virtud de la directiva adoptada»* (Informe Mensual Inocsa de abril de 2006, Honduras, Anexo 9-Q, MCD). De ello se desprende que la Supervisión reconocía la legitimidad de dichas reclamaciones.
770. A pesar de ello, cuando Elsamex envió la copia de la citación al juzgado por incumplimiento del contrato de compra de la geomalla a Inocsa, el 18 de abril de 2006, mediante la cual solicitó instrucciones y auxilio de la Supervisión, el Contratista no encontró apoyo. Inocsa se limitó a contestar verbalmente que se modificaría el diseño suprimiendo la geomalla el 27 de abril de 2006 (Informe Mensual de Inocsa de abril de 2006, Honduras, Anexo 9-Q, MCD). A raíz de ello, el 3 de mayo de 2006, Elsamex solicitó a Inocsa la confirmación escrita de este cambio, así como instrucciones sobre la postura que debía adoptar frente a sus proveedores. Inocsa contestó diciendo que no consideraba

⁴⁷⁴ Durante la segunda mitad de julio y el comienzo de agosto de 2005 hubo una serie de intercambios entre Inocsa y Elsamex reflejando sus desacuerdos sobre el precio unitario de la geomalla presentado por Elsamex y la responsabilidad por la calidad de la geomalla vs. la colocación únicamente, entre otros (ver Informes Mensuales de julio y agosto de 2005 en Honduras, Anexos 9-H y 9-I, MCD).

⁴⁷⁵ Ver Informe Mensual de Inocsa, diciembre de 2005, pág. 14 (Honduras, Anexo 9-M, MCD).

oportuno pronunciarse sobre las relaciones comerciales de Elsamex con sus proveedores. Elsamex insistió sobre el asunto ante Inocsa infructuosamente.⁴⁷⁶ (Informes Mensuales de Inocsa de mayo y junio de 2006, Honduras, Anexos 9-R y 9-S, MCD).

771. Como resulta evidente de los hechos, Elsamex adquirió la geomalla de buena fe, confiando en un cambio de diseño aprobado por todas las Partes involucradas. Si bien es cierto que la solicitud al proveedor se hizo antes de que se suscribiera la Modificación que incorporó dicha actividad al Contrato, ello no cambia el hecho de que este ítem fue aprobado formalmente, estuvo vigente durante un año y medio contractualmente y el problema con los proveedores surgió en ese periodo. A juicio de este Árbitro, el desorden de la Supervisión y la Administración y el cambio de diseño repentino, no son responsabilidad del Contratista. Elsamex cumplió con solicitar instrucciones de la Supervisión y ésta se negó a atender el asunto. Como bien lo expresa Elsamex, el Contratista no tenía ningún interés de ordenar la geomalla diferente al de cumplir con sus obligaciones y no hubiera incurrido en ese gasto si el mismo no hubiera estado contemplado como parte de la ejecución del Contrato.

772. Entre las prerrogativas de la Administración dispuestas en la LCE, se encuentran las siguientes: (i) la dirección, (ii) el control, (iii) la supervisión, (iv) la modificación, (v) la suspensión, (vi) la resolución y (vii) la interpretación del contrato, y (viii) la imposición de sanciones y (ix) la ejecución de garantías. A su vez, la Ley señala que, si la Administración hace uso de cualquiera de sus prerrogativas, por ejemplo para cambiar el diseño, y con ello altera las condiciones del Contrato, en perjuicio del Contratista, ello necesariamente desata ciertas consecuencias a cargo de la Administración, como se verá más adelante. En este caso, para efectos de esta reclamación, se puede argumentar que la Administración hizo uso de sus prerrogativas de supervisión y modificación del contrato de obra pública.

773. Frente a la facultad de la Supervisión, este Árbitro coincide con la interpretación del tratadista local Orellana, en cuanto a que las órdenes escritas que se giran al Contratista (las cuales dicho Contratista está obligado a cumplir), «deben sujetarse a la LCE, a sus reglamentos y al Contrato; no podrán en consecuencia, alterar las condiciones contractuales.»⁴⁷⁷ Es decir que, la facultad de supervisión no le permite a la Administración y, por consiguiente, en el caso que nos ocupa, no le otorgaba la potestad a Inocsa (como delegado de aquélla) de eliminar la geomalla del Contrato.

774. Ahora, bajo el amparo de la prerrogativa de modificación de los contratos, la Administración sí podía haber efectuado un cambio al mismo. Sin embargo, esta potestad no puede ser utilizada arbitraria y caprichosamente; la Ley es clara en prever ciertas restricciones o limitaciones a la misma.⁴⁷⁸ A continuación se citan las normas relativas a

⁴⁷⁶ El 29 de junio de 2006 Elsamex envió una carta a Inocsa expresando lo siguiente: "consideramos que la orden de compra del material fue realizada conforme a las indicaciones y especificaciones emitidas por la Supervisión del Proyecto en referencia, y ahora se está suprimiendo el citado material del proceso constructivo. Resulta evidente que mi representada no tiene ningún interés en adquirir dicho material si no va a ser colocado en obra..." (Informe Mensual Inocsa de junio 2006, Honduras Anexo 9-S, MCD). El 3 de julio de 2006 Inocsa contestó que no era su lugar opinar sobre el asunto porque éste le era ajeno. (Informe Mensual Inocsa, julio 2006, Honduras, Anexo 9-T, MCD). Más adelante, el 2 de octubre de 2006 Elsamex convocó una reunión para discutir el asunto de la geomalla, solicitando que el Ministro interpusiese «sus buenos oficios en la búsqueda de soluciones» pero las Partes no consiguieron llegar a un acuerdo sobre el asunto (Elsamex, Apéndice I, ¶50, MCEJ).

⁴⁷⁷ ORELLANA, E. Óp. cit, pág. 460, ¶287.

⁴⁷⁸ ORELLANA, E. Óp. cit, págs. 463-466, ¶289-291.

las limitaciones pertinentes frente al asunto de interés. Primero, el Art. 123 de la LCE establece lo siguiente:

ARTÍCULO 123.- Fundamento y efectos. *Toda modificación deberá ser debidamente fundamentada y procederá cuando concurren circunstancias imprevistas al momento de la contratación o necesidades nuevas, de manera que esa sea la única forma de satisfacer el interés público perseguido (...) Las modificaciones que impliquen disminución de las prestaciones a cargo del contratista, no darán lugar a indemnización, excepto cuando sean mayores al diez por ciento (10%), sin perjuicio del reconocimiento de los gastos en que razonablemente haya incurrido en previsión de la ejecución total del contrato, si constaren acreditados. (...) (subrayado fuera del texto)*

775. Segundo, el Art. 202 del RLCE aclara que:

(...) El ejercicio de esta prerrogativa (de modificación) lleva consigo la obligación a cargo de la Administración, de pagar al contratista las prestaciones adicionales resultantes de la modificación, considerando los precios unitarios inicialmente pactados, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la cláusula de revisión de precios.

776. Finalmente, el Art. 204 del RLCE señala:

Artículo 204. Obligación del contratista y consecuencias. *Serán obligatorias para el contratista las modificaciones introducidas por la Administración, fuere que produzcan aumento o disminución de las prestaciones originales. En el primer caso se observará lo previsto en el artículo 202 párrafo segundo de este Reglamento. En el segundo, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los gastos en que razonablemente hubiere incurrido en previsión de la ejecución total del contrato, siempre que no le hubieren sido abonados y que consten debidamente acreditados, para lo cual deberá presentar la solicitud correspondiente (...)*

777. De manera que, las modificaciones a los contratos de obra pública tienen cabida pero éstas vienen acompañadas de la obligación de la Administración de reconocerle al Contratista los gastos en que razonablemente hubiere incurrido previendo la ejecución del

Contrato según estaba contemplado antes de la modificación correspondiente.⁴⁷⁹ Como se describió antes, Elsamex está cobrando el costo de la conciliación con el proveedor, el cual ha probado debidamente. Se recalca además que, el costo de la geomalla cobrado por el Contratista resulta supremamente razonable teniendo en cuenta que: (i) Elsamex comprobó que incurrió en el mismo con la debida documentación; (ii) dicho valor es menor al que hubiese tenido que pagar si la conciliación con el proveedor no se hubiera dado y Elsamex hubiera sido condenado al pago total del costo real de la geomalla; y (iii) dicho valor también está significativamente por debajo del precio pactado en el Contrato.⁴⁸⁰

778. Por todo lo antes expuesto, a juicio de este Árbitro, desde el punto de vista legal, Elsamex tiene derecho al reembolso de la totalidad del gasto de la geomalla y deben reconocérsele intereses sobre la suma reclamada por este concepto desde la fecha en que efectuó el desembolso correspondiente hasta la fecha de pago de este Laudo.

779. Adicionalmente, cabe resaltar que el mismo razonamiento expresado en secciones anteriores, en cuanto a la actitud de la Administración al bloquear la posibilidad del Contratista de someter la controversia en cuestión ante un conciliador según estaba previsto en el Contrato, aplica en este caso. La decisión de la Administración de negarse a reembolsar los gastos de geomalla incurridos por Elsamex no pudo ser sometida a consideración de un conciliador porque la Administración bloqueó el acceso al mismo al negarse a designarlo de común acuerdo.⁴⁸¹ En concepto de este Árbitro, en el evento en que hubiere alguna duda sobre la procedencia del pago en cuestión, lo cual resulta poco probable dadas las disposiciones legales antes discutidas, la Administración en todo caso debió surtir el trámite contractualmente previsto para solucionar las controversias; la Administración no debió adoptar decisiones unilaterales, sin lugar a discusión o revisión, contrariando abiertamente lo pactado en el Contrato, como en efecto lo hizo. En conclusión, el reclamo analizado en esta sección procede íntegramente.

2.4. Daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones del propietario

2.4.1. Suspensiones y paralizaciones ordenadas por Inocsa y SOPTRAVI

2.4.1.1. Definición de la Cuestión

780. Durante el tiempo en que se desarrolló la ejecución del Contrato (2003 a 2008) existieron cuatro períodos en los cuales se suspendió la ejecución de las obras y expiraron los plazos contractuales. Esos períodos son los siguientes: (i) Periodo de suspensión entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007, 42 días; (ii) periodo de suspensión entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007, 4 días; (iii) tiempo sin

⁴⁷⁹ Nótese el texto del segundo párrafo del Art. 204 del RCLE antes citado. Asimismo, la lectura de esta norma por parte de la doctrina local coincide en que los gastos o indemnizaciones solicitados como consecuencia del *ius variandi* deben ser cubiertos siempre que puedan ser acreditados debidamente por el Contratista (ver ORELLANA, E. Óp., Cit., pág.476-477, ¶294).

⁴⁸⁰ Nótese que en la Modificación No. 1 contemplaba un presupuesto total de \$154.400 por la colocación de la geomalla (\$46.400 serían financiados con Fondos Mitch y \$108.000 con Fondos FAD).

⁴⁸¹ Nótese que Elsamex sometió formalmente la controversia a la consideración de la Dirección mediante oficio TD-260/2007 del 26 de diciembre de 2007 en las págs. 235-275 del primer volumen de documentación adjunta al mismo (incluyendo entre otros, los oficios RL-101/2006 y RL-141/2006 del 4 de mayo y 3 de julio de 2006 respectivamente). (Elsamex, Apéndice I, ¶51 y Documento D-39, MCEJ).

contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007, 34 días; y, (iv) tiempo sin contrato desde el 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, 85 días (Elsamex: ¶185-193, MD; ¶52-62, Apéndice I-MCEJ. Honduras, ¶111, MCD).

781. Las suspensiones fueron ordenadas por SOPTRAVI para evaluar fallas ocurridas en la Carretera. Durante los períodos en los que vencieron las modificaciones al Contrato, existían aún fondos disponibles para la ejecución de obras; sin embargo, el Contratista paralizó los trabajos. Previa a la decisión del Árbitro Único respecto a quién debe asumir la responsabilidad sobre las suspensiones ordenadas por la Administración y el tiempo durante el cual se paralizaron las obras por el vencimiento del plazo contractual, se expone a continuación un resumen de la posición de las Partes.

2.4.1.2. Posición de las Partes

a) Elsamex

782. Elsamex considera que todas las suspensiones son imputables a Honduras por lo que reclama un total de **USD \$1.157.463,42** por los costos diarios compensables en los que incurrió durante los períodos de suspensión y tiempo sin contrato, incluyendo stand-by de personal y equipos (Elsamex, ¶185 y 196, MD).

783. Sobre el periodo contractual entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007, Elsamex reclama el pago de **USD \$323,612.92** por 42 días de suspensión (USD \$7,705.07 /día), valor que comprende costos directos e indirectos y gastos de estructuras locales conforme el desglose que consta en el Apéndice 22 al MD. Sobre esta suspensión señala que el 25 de julio de 2007 Inocsa ordenó la paralización de los trabajos para proceder a la reparación de zonas inestables (Elsamex, ¶186, MD) y que, el 27 de agosto de 2007, ordenó también la suspensión de los trabajos de concreto asfáltico, provocando así la paralización del resto de los trabajos. Elsamex indicó a Inocsa la necesidad de reanudar las operaciones para poder cumplir con el plazo establecido en el Contrato y solicitó la compensación de los costos diarios por la suspensión temporal, en aplicación de la Cláusula 44 del Contrato. Inocsa rechazó la solicitud de compensación indicando que era posible para el contratista seguir trabajando en otras unidades de obra (Elsamex: ¶186, MD; ¶53 y 54, Apéndice I y Doc. D-39, MCEJ).

784. La Demandante reclama el monto de **USD\$284,648.01** (USD\$7,490.74 / día), conforme consta desglosado en el Apéndice 23 al MD, por 38 días de suspensión que incluyen tiempo sin contrato (34 días) y la orden de paralización hecha por la Administración (4 días) (Elsamex, ¶189 y 192, MD). Entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 se paralizó la colocación de concreto asfáltico en la segunda capa por orden de Inocsa hecha mediante anotación No. 8591 en el libro de bitácora (Elsamex, Doc. D-141, MD). Elsamex reclama también el tiempo que le sigue a la referida suspensión en el cual estuvo sin contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007. La Demandante no estuvo de acuerdo con la posición de Inocsa de que la existencia de fondos provenientes de la M3 le permitía seguir trabajando a pesar de haber vencido el plazo contractual (Elsamex: ¶189, MD; ¶59 del Apéndice I, MCEJ). La Demandante incluyó los costos por las suspensiones antes referidas en la Estimación No. 32 (período 21 de septiembre al 3 de octubre), pero Inocsa decidió desestimarlos. (Elsamex: ¶55 del Apéndice I MCEJ; ¶190 MD).

785. Elsamex afirma que las suspensiones fueron requeridas por Inocsa con la finalidad de realizar sondeos en las zonas con falla, lo que implicaba la suspensión de la colocación de concreto y la imposibilidad de Elsamex de trabajar en frente alguno (Elsamex, ¶377, MRFyCR). Señala que el artículo 119 de la LCE, así como los Arts. 251 y 252 del RLCE establecen que la Administración tendrá la facultad de suspender el contrato, sin embargo deberá indemnizar al contratista si estas suspensiones no le fueran imputables y le causaren perjuicios (Elsamex, ¶378-381, MRFyCR). Indica también que, si bien el Contrato en su cláusula 30.1 reconoce la prerrogativa de la Administración de ordenar la suspensión de las obras, las Cláusulas 44.1 (c) y 44.2 reconocen el derecho del Contratista a ser compensado cuando dichas suspensiones le han causado costos adicionales o impiden que los trabajos sean terminados en el plazo contractual previsto (Elsamex: ¶194, MD; ¶382, 383, MRFyCR).
786. Elsamex considera improcedente la multa de USD \$2,000 diarios reclamada por Honduras (Elsamex, ¶384, MRFyCR) y manifiesta que las fallas de la Carretera (señaladas por la Demandada en el párrafo 111 de su Memorial de Contestación) que motivaron las suspensiones no son atribuibles a Elsamex (Elsamex, ¶385, MRFyCR).
787. Finalmente, Elsamex reclama el valor de **USD\$549,202.49** (USD\$6,461.21/día), conforme desglose en el Apéndice 24 de su MD, por haber permanecido 85 días sin contrato desde el 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008. Elsamex considera que no era posible seguir con los trabajos sin tener un contrato vigente y no estuvo de acuerdo con la posición de Inocsa de que la existencia de fondos provenientes de la Modificación No. 4 le permitía seguir trabajando en las obras (Elsamex: ¶193, MD; ¶58 y 60 del Apéndice I, MCEJ).
788. Conforme lo señalado en los Informes de Inocsa de Noviembre y Diciembre de 2007, parte de los fondos de la Modificación No. 4 se utilizaron para la reparación de zonas con fallas, por lo que no pudieron completarse los trabajos de rehabilitación hasta el Km. 50. Elsamex suspendió los referidos trabajos de reparación de zonas con fallas hasta la firma de la Modificación No. 5 y una vez finalizada la Modificación No. 5 se negó a seguir realizando dichas reparaciones pues no se probó que dichas fallas le fueran imputables y, por lo tanto, no le correspondía correr con dichos costos (Elsamex, ¶387 a 392, MRFyCR).

b) Honduras

789. Respecto a las suspensiones ordenadas por la Administración, la Demandada rechaza la solicitud de compensación por parte de Elsamex pues Inocsa determinó que las fallas detectadas en el pavimento son atribuibles al Contratista. Además, la Demandante nunca demostró que dichas fallas prematuras no le eran imputables, por lo que el tiempo en que estuvieron suspendidas las actividades de bacheo y colocación de concreto asfáltico no debe ser motivo de reclamo pues el Contratista es responsable por dichas fallas. (Honduras, ¶111, MCD).
790. La Cláusula 30.1 del Contrato autoriza a la Supervisión a ordenar la demora en la iniciación o el avance de las obras por lo que Elsamex no puede utilizar el evento de las suspensiones para su beneficio (Honduras, ¶74, MCD). Las mismas se dieron debido a la aparición de agrietamiento prematuro en la primera capa de concreto asfáltico entre las estaciones 17+000 - 22+330 y duraron 63 días. Estas suspensiones únicamente se dieron en los trabajos de reparación de zonas con falla y eran necesarias para realizar los

estudios requeridos para establecer las causas de la aparición de los agrietamientos. Posteriormente, conforme lo recomendado por el Dr. Eduardo Tejeda, especialista en pavimentos de Inocsa, también se suspendió la colocación de concreto asfáltico hasta efectuar pruebas en la mezcla asfáltica colocada y realizar las obras de protección ordenadas (cunetas revestidas, filtros y cabezales). (Honduras, ¶111, MCD).

791. La primera suspensión tuvo lugar del 25 de julio al 5 de septiembre de 2007 y el contratista reanudó actividades el 6 de septiembre de 2007, trabajando ininterrumpidamente hasta el 30 de septiembre del mismo año en la reparación de zonas con fallas. Luego, el 23 de octubre de 2007, se solicitó al Contratista reanudar las actividades, pero no lo hizo (Honduras, ¶111, MCD).

792. Sobre el tiempo sin contrato entre el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007, Honduras afirma que el Contratista confunde los términos "tiempo sin contrato" y "tiempo contractual vencido" pues si bien la Modificación No. 3 venció el 3 de octubre de 2007, el Contrato continuaba vigente pues a esa fecha todavía existían fondos para cubrir los trabajos. Además, los fondos de la Modificación No. 3 y Modificación No. 4 no fueron solicitados para reparar zonas con falla prematura (sino que estaban destinados a señalización horizontal y vertical, concreto asfáltico, y obras de protección) por lo tanto, ya que se determinó que Elsamex era responsable de la aparición de las fallas, éste estaba obligado a sufragar todos los gastos relativos a la reparación de las mismas. Además, a partir del 4 de octubre de 2007 el Contratista estaba obligado a pagar la multa contractual de USD\$2,000 diarios por el retraso (Honduras, ¶112-113, MCD).

793. Honduras afirma que Elsamex fue compensando por los retrasos y costos adicionales causados por las suspensiones y el tiempo sin contrato a través de las modificaciones al Contrato pues en las mismas se prorrogó la fecha de terminación del Proyecto, se redujeron los trabajos y se aumentó el precio del Contrato. Honduras indica además que, conforme lo establece el artículo 72 de la LCE, Elsamex debía ejecutar las obras en el plazo convenido y al no haberlo hecho la Administración tenía la facultad de imponer multas por dicho incumplimiento; sin embargo Honduras no lo hizo y trató de acomodar las solicitudes de Elsamex mediante las Modificaciones al Contrato (Honduras: ¶171, MDFyRR; Págs. 158 y 159, Día1, Audiencia; ¶136, MCH).

2.4.1.3. Decisión del Árbitro Único

794. Debido a que las suspensiones temporales ordenadas por la Administración y los períodos en los cuales se paralizó la obra por haberse vencido el plazo contractual tienen implicaciones jurídicas distintas, el Árbitro Único dividirá su análisis. Una vez respondidas las cuestiones anteriores se procederá a establecer si existen valores a indemnizar y el monto de los mismos.

a) ¿Debe resarcirse al Contratista por las Suspensiones Temporales de las Obras Ordenadas por la Administración?

795. Con fecha 25 de julio de 2007,⁴⁸² Inocsa por instrucciones de SOPTRAVI, ordenó a Elsamex suspender temporalmente los trabajos de reparación de los daños presentados

⁴⁸² Oficio No. IR-76/2007 en Informe de Inocsa de Julio de 2007, Anexo 9 - FF, MCD, Honduras. Disponible también en Doc. D-44 del MCEJ de Elsamex.

en la primera capa de la carpeta asfáltica [baches] con el fin de realizar sondeos en la estructura del pavimento. Al respecto el informe de Inocsa de Julio de 2007⁴⁸³ explica que «*durante el período y a petición de la dirección de carreteras se realiza un estudio sobre los daños aparecidos en la 1ra capa de carpeta asfáltica entre estaciones 17+000-17+600, en conjunto con el laboratorio de suelos de SOPTRAVI e Inocsa, para determinar las causas de estos daños y la forma en que serán reparados.*»

796. Luego, el 27 de agosto de 2007⁴⁸⁴ Inocsa ordenó a Elsamex paralizar los trabajos de colocación de mezcla asfáltica en segunda capa a partir de la estación 45+500 en adelante y le indicó que no estaba autorizada a «*colocar mezcla asfáltica en ningún lugar del proyecto mientras no se reparen los daños que presentan [sic] la primera capa entre las estaciones 17+300 a 22+300 y los cuales tienen que ser realizados a su costo*». ⁴⁸⁵ Posteriormente, el 30 de septiembre de 2007 Inocsa ordenó, mediante anotación No. 8591 en el libro de bitácora, ⁴⁸⁶ una nueva paralización de la colocación de concreto asfáltico hasta que los estudios realizados por SOPTRAVI mostraran las causas del agrietamiento prematuro en la carpeta.

797. Las descritas fueron las dos suspensiones ordenadas por la Administración y reclamadas por Elsamex que comprendieron los períodos desde el 25 de julio al 4 de septiembre de 2007 y 30 de septiembre al 3 de octubre de 2007.

798. Las Condiciones del Contrato facultan a la Supervisión a ordenar suspensiones en las obras cuando así lo considere necesario: ⁴⁸⁷

«30. Demoras ordenadas por el Gerente de Obras (Supervisor)

30.1 *El Gerente de Obras, previa consulta con la Dirección, podrá ordenar al Contratista que demore la iniciación o el avance de cualquier actividad relativa a las Obras.»*

799. Lo anterior sin perjuicio de que estas suspensiones puedan considerarse como "eventos compensables" cuando las causas que las provocaron no sean imputables al Contratista. Así, el literal (c) de la Cláusula 44. 1 del Contrato incluye como un evento compensable lo siguiente:

«44. Eventos compensables

44.1 *Los siguientes eventos serán eventos compensables:*

(...)

c) *El Gerente de Obras o Supervisor ordena una demora o no emite oportunamente los planos,*

⁴⁸³ Sección 5.3, Problemas encontrados durante el periodo, Honduras, Anexo 9 - FF, MCD.

⁴⁸⁴ La orden consta en Memorándum de Campo de Inocsa (Elsamex, Doc. D-44, MCEJ).

⁴⁸⁵ Oficio No. IR-94/2007, Elsamex, Doc. D-41, MCEJ.

⁴⁸⁶ Se ordenó la paralización de colocación de concreto asfáltico en la segunda capa entre estaciones 17+00-22+200, ver Docs. D-41 y D-44 MCEJ de Elsamex.

⁴⁸⁷ Ésta es también una prerrogativa de la Administración establecida en el numeral 3 del artículo 119 en concordancia con el artículo 251 de la LCE.

*especificaciones técnicas o instrucciones
requeridas para la ejecución de las Obras.»*

800. El Contrato, en su cláusula 59.2, inclusive clasifica a aquellas suspensiones ordenadas por la Administración que duren 28 días como un incumplimiento grave que permite la Rescisión del Contrato.⁴⁸⁸
801. Por otro lado, la Cláusula 44.2 del Contrato establece que, si por causa de un evento compensable los trabajos no pueden ser completados en la fecha prevista de terminación, y este evento causa costos adicionales, «se aumentará el precio del Contrato y/o se prolongará la fecha prevista de terminación.»
802. La Demandada está en lo cierto al afirmar que el Art. 72 de la LCE establece que el Contratista tiene la obligación de ejecutar la obra en el plazo convenido y de no hacerlo la ley prevé la imposición de una multa diaria por cada día de atraso. Sin embargo, el artículo también aclara que lo anterior aplicará cuando los atrasos se debieren a causas imputables al Contratista. En similar posición está la Cláusula 44.4 del Contrato, la cual indica que no habrá derecho al pago de indemnizaciones por eventos compensables en el caso en que los intereses del Contratante hubieran sido perjudicados por falta de cooperación del Contratista.
803. El Árbitro Único no encuentra evidencia en el expediente de que lo anterior haya ocurrido, es decir que las demoras fueron causadas por Elsamex. Las suspensiones fueron ordenadas por la Administración para estudiar las causas de las fallas en la carretera. Durante este período Elsamex se mostró presto a seguir trabajando en otras áreas del Proyecto y acató las órdenes suministradas por Inocsa respecto a las suspensiones.⁴⁸⁹ Más aún, el Árbitro encuentra que las órdenes impartidas por Inocsa en sus comunicaciones no tuvieron la claridad y descripción que ameritaba un Proyecto de esta magnitud,⁴⁹⁰ ocasionando malentendidos y demoras a lo largo del Proyecto,

⁴⁸⁸ Lo que también está contemplado en la LCE la cual, en el numeral 3 de su artículo 127 en concordancia con el artículo 129, establece que la suspensión temporal de las obras ordenada por la Administración que no fuere imputable al Contratista lo facultará a solicitar la resolución del Contrato cuando la suspensión se prolongue por un plazo de dos meses sin que haya existido fuerza mayor o caso fortuito.

⁴⁸⁹ Ver Oficio TD-109/07 de Elsamex, del 2 de agosto de 2007, en el cual solicita se le informe la fecha prevista para el reinicio de los trabajos (Informe de Inocsa Agosto 2007, Anexo 9 - GG, MCD, Honduras); Oficio No. TD-120/07 del 21 de agosto de 2007 (Elsamex, Doc. D-39, MCEJ) en el cual Elsamex indicó a Inocsa que consideraba urgente la reanudación de los trabajos de ejecución de filtros y bacheo para realizar la colocación de la segunda capa de concreto asfáltico [en cumplimiento de la M3] y evitar que siga aumentando la superficie de la carretera que presenta daños en la primera capa de concreto asfáltico. Ver también oficio del 22 de agosto de 2007 (Oficio TD-122/07 de Elsamex disponible en Informe de Inocsa Agosto 2007, Anexo 9 - GG, MCD, Honduras) en el cual Elsamex solicita autorización para realizar trabajos y oficio del 28 de agosto de 2007 en el que Elsamex acata ordenes de suspensión (Oficio No. TD-128/07, Elsamex, Doc. D-41, MCEJ).

⁴⁹⁰ A manera de ejemplo, en Oficio No. RL-93/2007 del 23 de agosto de 2007 (Doc. D-40, MCEJ, Elsamex) respondiendo a la comunicación No. TD-120/07 de Elsamex (Doc. D-39, MCEJ, Elsamex) Inocsa le indica que la compensación no era procedente porque la suspensión temporal se refería únicamente a los trabajos de reparación de daños en la primera capa de la carpeta asfáltica estando Elsamex autorizado a trabajar en todas las demás unidades de obra. Sin embargo, el mismo día, mediante Oficio No. IR-92/2007 Inocsa responde al Oficio TD-122/07 enviado por Elsamex el 22 de agosto de 2007 (ambos oficios disponibles en Informe de Inocsa Agosto 2007, Anexo 9 - GG, MCD, Honduras), manifestándole que no puede trabajar en la segunda capa de concreto asfáltico del P.K. 45+000 al P.K. 50+000 pero que puede trabajar en cualquier otra actividad pendiente. Para luego, el 27 de agosto de 2007 (Oficio No. IR-94/2007, Elsamex, Doc. D-41, MCEJ), informar a Elsamex que no está autorizado a colocar mezcla asfáltica en ningún lugar del proyecto mientras no se reparen los daños en la primera capa.

ignorando lo estipulado en el Art. 184 del RLCE que establece que «*cuantas incidencias puedan surgir entre la Administración y el contratista serán resueltas a la mayor brevedad, adoptándose las medidas más convenientes para no alterar el ritmo de las obras*».

804. Tanto el Contrato como la LCE y su Reglamento, establecen que el Contratista deberá ser indemnizado por las suspensiones que no le fueren atribuibles.⁴⁹¹ Luego de la revisión exhaustiva de las pruebas aportadas por las Partes y la inspección *in situ* realizada, este Árbitro encontró que las fallas de la carretera no le son imputables a Elsamex conforme quedó señalado en la sección respectiva del presente Laudo.

805. La Administración no mostró interés en llegar a un acuerdo con el Contratista frente a las solicitudes de compensación hechas por éste en razón de las suspensiones ordenadas. La Supervisión, en ejercicio de la Cláusula 44.3 del Contrato, podría haber verificado las solicitudes de compensación hechas por Elsamex y efectuado, en conjunto con SOPTRAVI, una propuesta respecto a las mismas si no las consideraba razonables.⁴⁹² La actitud de Inocsa, reflejada en sus comunicaciones, muestra que durante el tiempo en que se realizaban las pruebas presumió que el Contratista era responsable por las fallas de la carretera.⁴⁹³

806. Por lo anterior, este Árbitro Único encuentra plenamente justificada la solicitud de compensación hecha por Elsamex respecto a los periodos en que se suspendieron temporalmente las obras por orden de la Administración, desde el 25 de julio hasta el 4 de septiembre de 2007 (42 días) y desde el 30 de septiembre hasta el 3 de octubre de 2007 (4 días). Los valores a ser resarcidos por la Demandada a causa de dicho tiempo de suspensión serán establecidos por éste Árbitro Único en el apartado (c) de esta sección.

b) ¿Continuaba vigente el Contrato a pesar de haber vencido el plazo contractual?

807. La Modificación No. 3 al Contrato fue suscrita el 27 de junio de 2007, en ella se fijó el 3 de octubre de 2007 como la nueva fecha de finalización de las obras. La Modificación No. 4 se firmó el 6 de noviembre de 2007 y en la misma se amplió el plazo de finalización de

⁴⁹¹ El artículo 119, numeral 3 de la LCE establece lo siguiente: «**ARTICULO 119.-La Administración tendrá las prerrogativas siguientes:** (...) 3) *Facultad para suspender o resolver el contrato de conformidad con la presente Ley, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito*». El RLCE, en concordancia con el artículo anterior, al tratar sobre los "efectos de la suspensión" determina en su artículo 252 que si el contrato no se hubiere resuelto, la Administración abonará al contratista «*de acuerdo con lo previsto en el artículo 119 numeral 3) de la Ley y si hubiere mérito, la indemnización por los daños y perjuicios que se hubieren causado, sobre la base de la perturbación que se hubiere producido en el ritmo de ejecución previsto en el programa de trabajo, con la consiguiente repercusión en la utilización de maquinaria y personal, debiéndose tener en cuenta también los efectos de la cláusula de revisión de precios si fuera aplicable.* (...)»

⁴⁹² La cláusula 44.3 de las Condiciones del Contrato determina: «**44.3** *Tan pronto como el Contratista proporcione información sobre los efectos de cada evento compensable en el costo previsto, según su estimación, el Gerente de Obras la evaluará y enviará su opinión a la Dirección como corresponda. Si la estimación del Contratista no fuera considerada razonable, la Dirección y el Gerente de Obras preparará su propia estimación y ajustará el precio del Contrato conforme a ésta. El Gerente de Obras supondrá que el Contratista reaccionará en forma competente y con prontitud al evento.*»

⁴⁹³ Ver oficios de Inocsa No. RL-93/2007 del 23 de agosto de 2007 (Elsamex, Doc. D-40, MCEJ) y No. RL-100/2007, (Elsamex, Doc. D-41, MCEJ) del 30 de agosto de 2007 en los cuales rechaza sin mayor detalle las solicitudes de compensación y extensión del plazo contractual hechas por Elsamex.

las obras hasta el 3 de diciembre de 2007. La Modificación No. 5 fue suscrita el 26 de febrero de 2008 y en ella se estableció el 3 de abril de 2008 como fecha de terminación de las obras.

808. Elsamex reclama el reconocimiento de dos períodos en los que se paralizaron las obras por haber vencido el plazo contractual sin que las mismas se hayan completado. Específicamente se refiere al (i) período comprendido entre el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007 (34 días), tras la finalización de la Modificación No. 3, y (ii) lapso sin contrato ocurrido tras el vencimiento del plazo concedido en la Modificación No. 4 hasta la firma de la Modificación No. 5, esto es, desde el 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008 (85 días).
809. Honduras argumenta que durante el tiempo sin contrato entre el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007, si bien había vencido la Modificación No. 3, todavía existían fondos por lo que el contrato continuaba vigente y Elsamex podía continuar trabajando en las obras. Por esa razón, a partir del 4 de octubre de 2007 el Contratista estaba obligado a pagar la multa contractual de USD \$ 2,000.00 diarios. La Demandada no se refiere específicamente al segundo período de tiempo sin Contrato, pero en general afirma que Elsamex fue compensado por los retrasos y costos adicionales mediante las modificaciones al Contrato.
810. El Árbitro Único no coincide con la posición de la Demandada en este respecto. A diferencia del ámbito de la contratación privada, en la que prima la autonomía de la voluntad y las partes pueden ponerse de acuerdo respecto a la extensión de los plazos, en los contratos administrativos la prórroga debe ser resuelta por la Administración, la cual está llamada a velar por el cumplimiento del contrato en función del interés público. En el presente caso, tanto el Contrato como la LCE y su Reglamento establecen un procedimiento a seguir en caso de que se requiera una modificación del plazo contractual.
811. En la sección de Definiciones del Contrato se establece que «**la fecha prevista de terminación de las Obras es la fecha en que se prevé que el Contratista debe terminar las Obras y que se especifica en los Datos del Contrato.**» Expresamente indica dicha definición que «*únicamente el Gerente de Obras con la aprobación del Contratante puede modificar esta fecha, mediante una prórroga del plazo o una orden de acelerar los trabajos.*»⁴⁹⁴
812. En línea con lo anterior, la Cláusula 28 del Contrato regula el procedimiento para la prórroga del mismo. Dicha cláusula (28.2) establece que el Gerente de Obras deberá pronunciarse dentro de los 21 días siguientes a la solicitud de prórroga hecha por el Contratista a causa de un evento compensable. Una vez hecha la recomendación por parte del Supervisor, será la Dirección General quien deberá emitir una decisión definitiva al respecto. El literal c) de la Cláusula 44.1 del Contrato incluye como un evento compensable el hecho de que el Gerente de Obras o Supervisor ordene una demora o no emita oportunamente las instrucciones requeridas para la ejecución de las Obras.
813. En el mismo sentido, el Art. 72 de la LCE, indica que cuando una demora se produjere por causas no imputables al Contratista «*la Administración autorizará la prórroga del*

⁴⁹⁴ Condiciones del Contrato, A. Disposiciones Generales, 1. Definiciones.

plazo por un tiempo igual al atraso». Así también el primer párrafo del Art. 190 de la RLCE determina:

«Artículo 190. Atrasos no imputables al contratista. Si la demora se produjere por causas no imputables al contratista, a su solicitud y previo informe del Supervisor designado, la Administración autorizará la prórroga del plazo por un período igual, al menos, al tiempo perdido, sin aplicación de ninguna sanción.»

814. La legislación de Honduras requiere que la prórroga del plazo de un contrato administrativo se haga mediante la modificación al contrato conforme lo señalado en los Art. 121 y 122 de la LCE, lo anterior consta específicamente expresado en el Art. 206 del RLCE que en su parte pertinente señala:

«Artículo 206. Forma de las modificaciones.- (...) **Si cualquier modificación** excediere del monto a que se refiere el párrafo anterior o **variare el plazo contractual**, las partes suscribirán una modificación del contrato, observando lo previsto en el artículo 122 párrafo segundo de la Ley.»
(Resaltado fuera del texto)

815. Cómo quedó ya expresado, las fallas en la Carretera no son imputables al Contratista; la imposición de multas diarias, solicitada por Honduras, solamente es justificable si el Contratista es imputable por el retraso sufrido, lo que no ha ocurrido.

816. La Administración debió ser más diligente en sus gestiones para la ampliación del plazo contractual desde el momento mismo en que ordenó la paralización de las obras para la realización de pruebas en la Carretera. Tanto el 21 como el 28 de agosto de 2007⁴⁹⁵ Elsamex solicitó al Gerente de Obras la prolongación de la fecha prevista para la finalización del Contrato en tantos días como permaneciera vigente la suspensión ordenada. Inocsa negó la solicitud del Contratista en ambos casos.⁴⁹⁶ En su Informe de Septiembre de 2007, a un mes de que venza el plazo establecido en la Modificación No. 3, la Supervisión reportó que todavía se esperaban los resultados de las pruebas de laboratorio para determinar las causas del agrietamiento prematuro de la primera capa de concreto asfáltico.⁴⁹⁷ En el mismo Informe, se indica que «*el contratista solicitó una prórroga en vista de los atrasos sufridos por la realización de las pruebas de laboratorio*».⁴⁹⁸ Hasta el 20 de diciembre de 2007, inclusive, habiendo expirado los plazos de la Modificación No. 3 y Modificación No. 4, no existía una definición respecto a las fallas de la Carretera.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Oficios No. TD-120/07 y No. TD-128/07, disponibles en Elsamex, Docs. D-39 y D-41, MCEJ.

⁴⁹⁶ Oficio No. RL-93/2007 del 23 de agosto de 2007 y Oficio No. RL-100/2007 del 30 de agosto de 2007, disponibles en Docs. D-40 y D-41 del MCEJ de Elsamex.

⁴⁹⁷ Sección 3.1.3, Proyección a futuro de actividades pendientes, Honduras, Anexo 9-HH, MCD.

⁴⁹⁸ Sección 5.8, Cumplimiento del plan de trabajo del Contratista, Ibíd.

⁴⁹⁹ Oficio No. RL-208/2007 de Inocsa a Elsamex en el cual señala que «*en el caso de la piel de cocodrilo, [Elsamex] debe demostrar que las causas no son imputables a una mala calidad en la ejecución de las obras por parte de su representada*» (Honduras, Informe de Diciembre de 2007, Anexo 9 - KK, MCD).

817. No fue hasta el 2 de octubre de 2007, un día antes de que finalizara el plazo establecido en la Modificación No. 3, que Inocsa comunicó a Elsamex que «conforme lo previsto en el Numeral 44 del Contrato, adicionando cambios de criterio le comunicamos que: (...) b) Se ha trasladado a la DGC su solicitud de ampliación de tiempo por incremento al monto de su contrato y estamos a la espera de la respuesta».⁵⁰⁰ Recién el 19 de octubre de 2007, habiendo vencido el plazo contractual el 3 de octubre de 2007 (Modificación No. 3), Inocsa envió a SOPTRAVI su pronunciamiento «en el sentido de recomendar la ampliación del plazo de ejecución de la obra, por un período de 60 días calendario, a partir del 4 de octubre de 2007.»⁵⁰¹
818. Los hechos anteriores desembocarían en el segundo período de tiempo sin contrato a partir del 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, tras el vencimiento del plazo concedido en la Modificación No. 4 hasta la firma de la Modificación No. 5, sobre el cual el Árbitro Único hace las observaciones siguientes.
819. A pesar de que en los Considerandos de la Modificación No. 4 se establece la ampliación del plazo de ejecución del Contrato por dos meses calendario, ésta recién se firmó el 6 de noviembre de 2007 (más de un mes después del vencimiento de la Modificación No. 3) y se amplió el plazo contractual hasta el 3 de diciembre de 2007.
820. El 12 de noviembre de 2007, Elsamex le comunicó a Inocsa que resultaba prácticamente imposible finalizar los trabajos en el plazo concedido en la Modificación No. 4 ya que los mismos estuvieron suspendidos por 103 días y, al haber sido suscrita la Modificación No. 4 el 6 de noviembre de 2007, sólo restaban 22 días para la finalización del Contrato.⁵⁰² Inocsa simplemente respondió que le sorprendía la afirmación del Elsamex.⁵⁰³
821. El 22 de noviembre de 2007 Elsamex solicitó formalmente la ampliación de la fecha de terminación de las obras debido a que, recién el 19 de noviembre de 2007 la Supervisión le remitió el inventario actualizado de daños entre las estaciones 17+100 y 22+360 y se requería la reparación de una superficie de 17,007.76 m², lo cual modificaba sustancialmente las cantidades de obra contempladas en la Modificación No. 4.⁵⁰⁴ Inocsa negó la solicitud de Elsamex, mediante comunicación de la misma fecha, indicándole que pudiendo reiniciar los trabajos el 23 de octubre de 2007 no lo hizo hasta el 8 de noviembre del mismo año aduciendo que estaba sin contrato cuando el contrato tenía vigencia pues aún existían fondos de la Modificación No. 3, con la salvedad de que el

⁵⁰⁰ Oficio No. RL-112/2007 (Honduras, Informe de Inocsa de Octubre de 2007, Anexo 9-II, MCD). En esa misma fecha, 2 de octubre del 2007, mediante Oficio No. 114/2007, Inocsa informa a Elsamex que en respuesta a su Oficio TD-139/2007 del 19 de septiembre del 2007 [en dicho oficio Elsamex solicita prórroga de un mes conforme a lo establecido en la Cláusula 28 del Contrato motivando su solicitud en el hecho de que la DGC estaba gestionando los fondos para completar los trabajos hasta el Km. 50+000 (Honduras, Informe de Inocsa de Septiembre de 2007, Anexo 9-HH, MCD)] se ha trasladado la solicitud de ampliación del plazo contractual a SOPTRAVI (Honduras, Informe de Inocsa de Octubre de 2007, Anexo 9-II, MCD).

⁵⁰¹ Oficio No. RL-124/2007 (Honduras, Informe de Inocsa de Octubre de 2007, Anexo 9-II, MCD).

⁵⁰² Oficio No. TD-187/07, Elsamex, Doc. D-46, MCEJ. Disponible también en Honduras, Anexo 6, MCD.

⁵⁰³ Oficio No. RL-150/2007 del 13 de noviembre de 2007, Honduras, Informe de Inocsa de Noviembre de 2007, Anexo 9-JJ, MCD.

⁵⁰⁴ Oficio No. TD-200/07, Honduras, Informe de Inocsa de Noviembre de 2007, Anexo 9-JJ, MCD.

tiempo contractual había finalizado.⁵⁰⁵ Elsamex, sin embargo, mantuvo la posición de que no era posible trabajar sin contrato vigente.⁵⁰⁶

822. Conforme se explicó en párrafos anteriores, el Contrato y la Ley hondureña establecen un procedimiento específico para la ampliación del plazo de un contrato administrativo, dicho procedimiento incluye una modificación formal al contrato según lo establece la LCE y su Reglamento. En consecuencia, este Árbitro Único no está de acuerdo con la posición de Honduras de que el Contrato se mantuvo vigente, pese a la expiración del plazo contractual, por existir fondos disponibles para el pago de las obras. El Árbitro no encuentra, ni la Demandada así lo ha alegado, que el Contrato o la LCE y su Reglamento contemplen la prórroga tácita para los contratos administrativos de obra pública. Por el contrario, sólo es permisible la ampliación del plazo del Contrato por medio de una modificación al mismo.

823. El Árbitro encuentra que la actitud de la Supervisión y la Administración fue poco diligente y en varios casos inflexible, olvidándose de que el propósito principal de sus funciones es servir al interés público. El plazo contractual de la Modificación No. 4 expiró el 3 de diciembre de 2007 y Elsamex paralizó los trabajos el 21 de diciembre de 2007.⁵⁰⁷ Hasta el 8 de enero de 2008, Inocsa le insistía a Elsamex que era procedente continuar los trabajos a pesar de que el plazo contractual había expirado so pena de la imposición de multas en el caso de no hacerlo.⁵⁰⁸ El 29 de enero de 2008 Inocsa comunicó a SOPTRAVI el estado de varios reclamos de Elsamex incluyendo el hecho de que el plazo de ejecución del Proyecto había expirado el 3 de diciembre de 2007, sin que un 2% (**USD\$396,000.00**) del monto total del contrato se hubiere agotado.⁵⁰⁹ Las Partes se reunieron en esa misma fecha en las oficinas de SOPTRAVI; con todo, hasta el 21 de febrero de 2008 no habían podido llegar a un Acuerdo para la firma de la Modificación No. 5.⁵¹⁰ La Modificación No. 5 fue suscrita el 26 de febrero de 2008 y los trabajos se mantuvieron suspendidos hasta el 29 de febrero de ese mismo año.⁵¹¹

824. En el presente caso los retrasos ocurridos en la obra no fueron imputables al Contratista y consta en el expediente que éste cumplió con solicitar a la Supervisión la prórroga del plazo contractual. Por lo anterior, el Árbitro Único considera que estando la prórroga

⁵⁰⁵ Oficio No. IR-155/2007, Honduras, Anexo 6 e Informe de Inocsa de Noviembre de 2007, Anexo 9-JJ, MCD.

⁵⁰⁶ Oficio No. TD-201/07 del 24 de noviembre de 2007, Honduras, Anexo 6 e Informe de Inocsa de Noviembre de 2007, Anexo 9-JJ, MCD.

⁵⁰⁷ Ver Oficio No. RL-02/2008 del 8 de enero de 2008 de Inocsa y Oficio No. TD-257/07 del 21 de diciembre de 2007 de Elsamex (ambos disponibles en Informe de Inocsa de enero de 2008, Anexo 9-LL, MCD).

⁵⁰⁸ En Oficio No. RL-02/2008 Inocsa escribe a Elsamex: «*En atención a su oficio TD-257/07 con fecha 21 de diciembre de 2007 y recibido el día 07 de Enero de 2008, le manifestamos que efectivamente el día 03 de diciembre de 2007 su fecha contractual para la terminación de las obras del proyecto expiró, por lo que le solicitamos reinicie los trabajos que ha tenido detenidos durante dos semanas y evite con esto la aplicación de multas. Por otro lado le informamos que todavía resta por ejecutar de las modificaciones 3 y 4 la cantidad de US \$478,332.66...*» (Honduras, Informe de Inocsa de enero de 2008, Anexo 9 - LL, MCD).

⁵⁰⁹ Oficio No. RL-22/2008, Honduras, Informe de Inocsa de enero de 2008, Anexo 9-LL, MCD. Por tal motivo Inocsa se negó a emitir el certificado de terminación de las obras solicitado por Elsamex el 18 de diciembre de 2007.

⁵¹⁰ Oficio No. TD.032/08 de Elsamex del 21 de febrero de 2008, Honduras, Informe de Inocsa de enero de 2008, Anexo 9-LL, MCD.

⁵¹¹ Ver Informe de Inocsa de febrero de 2008, Anexo 9-MM, MCD, sección 3.1. Labores del constructor: «*Desde el día 22 de diciembre de 2007 hasta el día 29 de Febrero, el Contratista, mantuvo suspendidas las actividades de reparación de zonas con falla, aduciendo falta de contrato, posteriormente luego de la firma de la modificación 5 se reiniciaron dichos trabajos.*»

dentro de la esfera discrecional de la Administración, ésta tenía la obligación de adoptar una decisión oportuna sobre la ampliación del plazo de ejecución del Contrato antes del vencimiento del mismo, contrario a lo que ocurrió en el asunto en análisis.

825. En el apartado siguiente se establecerán los valores a los que la Demandante tiene derecho.

c) Monto de los daños y perjuicios por las suspensiones ordenadas por la Administración y Tiempo sin Contrato

826. Por el período de suspensión temporal ordenada por la Administración entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007, 42 días, Elsamex reclama el pago de **USD\$323,612.92** (USD \$7,705.07 /día).

827. Después de analizar el expediente y el desglose presentado en el Apéndice 22 al MD, este Árbitro Único considera que los siguientes valores no han sido suficientemente justificados por la Demandante: Horas extras personal plantel y Carretera (**USD\$10,767.50**), combustibles y lubricantes (**USD\$40,319.66**), reparaciones y mantenimiento (**USD\$5,372.82**), varios y otros (**USD\$2,777.70**) y el porcentaje de repercusión de gastos de estructura (26%).

828. Por lo anterior, el Árbitro considera que por los 42 días de suspensión entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007, Honduras deberá reconocer a la Demandante el valor de **USD \$195,228.47** (USD \$ 4,648.30 / día).

829. Elsamex ha calculado conjuntamente en el Apéndice 23 al MD los valores reclamados por el periodo de suspensión entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 (4 días) y el tiempo sin contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007 (34 días). Elsamex considera que en total le debe ser resarcido el valor de **USD\$ 284,648.01** (USD \$7,490.74 / día).

830. Sin embargo, el Árbitro Único no encuentra que se hayan justificado meritoriamente los siguientes valores: horas extras personal plantel y Carretera (**USD\$4,898.47**), combustibles y lubricantes (**USD\$40,011.91**), reparaciones y mantenimiento (**USD\$2,222.69**), varios y otros (**USD\$3,252.54**) y el porcentaje de repercusión de gastos de estructura (26%).

831. Por lo tanto, este Árbitro concluye que Honduras deberá pagar a Elsamex a manera de indemnización, por las suspensiones arriba mencionadas, el valor de **USD\$173,510.08** (USD \$4,566.05 / día).

832. Respecto al tiempo sin Contrato desde el 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008, la Demandante reclama el valor de **USD\$549,202.49** (USD \$6,461.21 /día) por 85 días de tiempo sin contrato, conforme consta desglosado en el Apéndice 24 de su MD.

833. Sobre dicho reclamo corresponde hacer las siguientes observaciones. El Árbitro ha realizado una revisión cuidadosa de las pruebas aportadas por las Partes. A pesar de no haber sido señalado en ninguna de sus actuaciones por la parte Demandada, el Árbitro encuentra que dentro de las pruebas aportadas por ésta hay evidencia de que aun

cuando se venció el plazo contractual fijado en la Modificación No. 4 (desde el 3 de diciembre), Elsamex no paralizó del todo sus actividades hasta el 21 de diciembre de 2007.⁵¹² El Árbitro no considera procedente, por consiguiente, el pago de un reclamo por paralización por días en los que el Contratista se mantuvo trabajando, a pesar de que efectivamente había expirado el plazo contractual.

834. Además, el Árbitro Único nota que dentro de la cuenta de los 85 días de suspensión alegados por la Demandante, se han incluido días que son feriados nacionales en Honduras y en la mayor parte del mundo. En consecuencia, este Árbitro concluye que sólo deben reconocerse un total de 65 días de tiempo sin contrato.

835. También, respecto a este último reclamo, el Árbitro encuentra que los siguientes valores no se encuentran debidamente fundamentados: horas extras personal plantel y Carretera (**USD\$7,843.67**), combustibles y lubricantes (**USD\$41,658.31**), reparaciones y mantenimiento (**USD\$13,461.32**), varios y otros (**USD\$4,360.87**) y el porcentaje de repercusión de gastos de estructura (26%).

836. De manera que este Árbitro concluye que la Demandada deberá pagar a Elsamex por los 65 días de paralizaciones ocasionados por el tiempo sin Contrato el valor de **USD\$279,773.65** (USD \$4,304.21 / día).

837. En conclusión y de conformidad con lo antes expuesto, Honduras deberá pagar a la Demandante la suma total de **USD\$648,512.20**, en concepto de indemnización, por las suspensiones ordenadas por la Administración y el tiempo de paralización de las actividades por el vencimiento del plazo contractual.

2.4.2. Alteración del centro de gravedad de acarreo

2.4.2.1. Definición de la Cuestión

838. En las fichas de costo presentadas por Elsamex en la licitación aparecía una distancia de acarreo promedio de 25 kms. desde su plantel (ubicado en el km. 52+500), teniendo en cuenta que originalmente el Proyecto constaba de 92,50 kms. Dado que la longitud efectiva del Proyecto, luego de las modificaciones al Contrato, fue de 50 kms. únicamente, la distancia promedio de acarreo fue alterada, incrementando el costo promedio del transporte de la mezcla que se tuvo en cuenta para elegir la ubicación de la planta en la propuesta de licitación de Elsamex. En consecuencia, el Contratista estimó que se le adeudaba una compensación por la diferencia de costos (frente al promedio ponderado de la distancia realmente recorrida desde el plantel, según la cantidad de mezcla transportada), y presentó el reclamo correspondiente durante la obra.⁵¹³

⁵¹² Ver Oficio No. RL-02/2008 del 8 de enero de 2008 de Inocsa y Oficio No. TD-257/07 del 21 de diciembre de 2007 de Elsamex disponibles en Informe de Inocsa de enero de 2008, Anexo 9-LL al MCD de Honduras. Ver pie de página 511.

⁵¹³ Elsamex sometió la reclamación por alteración del centro de gravedad de acarreo a la consideración inicial de la Dirección mediante oficio TD-260/07 del 26 de diciembre de 2007, junto con la tabla explicativa de los importes reclamados (Elsamex, Apéndice I, ¶62, y Doc. D-48, MCEJ).

839. En su momento, la Unidad Ejecutora analizó el reclamo del Contratista y reconoció que había una diferencia en el costo de acarreo (utilizando un promedio simple para obtener la longitud promedio de acarreo) y recomendó reconocer al Contratista la cantidad de **USD\$10.411**. A pesar de ello, SOPTRAVI no consideró que la recomendación era procedente y no le reconoció compensación alguna por dicho concepto al Contratista. A continuación veremos los argumentos de las Partes y posteriormente las consideraciones del Árbitro sobre este asunto.

2.4.2.2. Posición de las Partes

a) Elsamex

840. Elsamex argumenta que los cambios al Contrato impartidos por la Administración implicaron que el tramo de la rehabilitación de la Carretera se redujera significativamente y con ello se alterara el centro de gravedad de acarreo (es decir, cuando la distancia media de acarreo o transporte de la mezcla asfáltica teórica era de 25 kms., la media real pasó a ser de 27,94 kms.). Esto provocó un aumento en los costes de acarreo de la mezcla (Elsamex, ¶197-199, MD)

841. Si bien Elsamex reconoce que es potestad o prerrogativa de la Administración modificar los contratos de obra pública,⁵¹⁴ cuando dicho ejercicio del *ius variandi* altera los derechos y obligaciones del contratista, como es el caso, la Ley reconoce que hay una afectación al equilibrio económico financiero del contrato y por ello prevé ciertos mecanismos para restringir esta potestad unilateral de la Administración⁵¹⁵ (Elsamex, ¶394-402, MRFyCR). En este caso, la Administración modificó cinco veces el Contrato. Elsamex argumenta que la cláusula de exoneración de responsabilidad, recogida en algunas de las modificaciones y citada por Honduras en su defensa, no tiene validez porque contraviene lo dispuesto en la Ley. A juicio de la Demandante, no resulta legítimo que la Administración se ampare en una cláusula de exclusión de responsabilidad para eludir sus responsabilidades legales (Art. 4 de la LCE)⁵¹⁶ (Elsamex, ¶403-406, MRFyCR).

842. A partir de lo anterior, el Contratista considera que el incremento en costos acontecido en este caso conforma un desequilibrio económico en detrimento del Contratista que debe ser compensado. Por lo tanto, Elsamex reclama que se le reconozcan en su favor daños y perjuicios por valor de **USD\$70.276,44**, los cuales resultan de calcular la diferencia entre el importe pagado por Inocsa (**USD\$597.588,78**) y el coste real del acarreo (**USD\$667.865,22**). El Contratista basó sus cálculos en el promedio ponderado tanto de la distancia de acarreo desde la planta hasta el sitio de colocación, como de la cantidad de mezcla transportada, teniendo en cuenta que algunos tramos de la Carretera son más anchos que los otros (i.e. por ejemplo, al inicio la Carretera consta de tres carriles). Elsamex rechaza los cálculos de efectuados por la Administración en su momento porque

⁵¹⁴ Ver Arts. 119, 121 y 122 de la LCE y 202 y 203 del RLCE.

⁵¹⁵ Ver Orellana, E. Óp. cit, págs. 463-466, ¶289-291.

⁵¹⁶ **ARTÍCULO 4.-Libertad de pactos.** La Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que estén en consonancia con el ordenamiento jurídico y con los principios de la sana y buena administración, debiendo respetar los procedimientos de ley. Entiéndase por Administración, el Poder Ejecutivo y sus dependencias, incluyendo órganos desconcentrados que le estén adscritos, las Instituciones autónomas o descentralizadas, las municipalidades y los demás organismos públicos a que se refiere el Artículo 1 párrafo 2) de la presente Ley, en cuanto realicen actividades de contratación. En la celebración, interpretación y ejecución de los contratos mencionados en el presente Capítulo, se tendrá siempre en cuenta el interés público.

ésta: (i) tomó como punto de partida el km 0+440, cuando las Estimaciones indican que se colocó cemento desde la estación 0+426 en la primera capa y 0+418 en la segunda capa; (ii) efectuó el cálculo como si la ubicación del plantel fuese en el km. 52+100, cuando en realidad estaba ubicado en el km. 52+500; y además, (iii) no utilizó un promedio ponderado, cuando esto es lo correcto porque no existe un ancho constante y uniforme a lo largo de toda la Carretera dada la cantidad de curvas y porque se colocó más concreto asfáltico en los primeros kilómetros (ya que se realizaron tres carriles y no dos como en el resto de la Carretera) (Elsamex: ¶197-199, MD; ¶407-411, MRFyCR; Apéndice 25, MCEJ).

b) Honduras

843. Honduras considera que el reclamo no procede principalmente por dos razones.

844. Primero, en la estipulación tercera de la Modificación No. 1 (y en texto equivalente en la Modificación No. 3) se expresa textualmente que: *«Los nuevos alcances de las obras que implica la presente Modificación de Contrato, no serán por ningún motivo causal para que el Contratista reclame indemnizaciones o compensaciones adicionales o distintas a las estipuladas específicamente en este documento»*. Por lo anterior, para Honduras, contractualmente, el Contratista no tiene derecho a presentar este reclamo y, por ello, el mismo no procede (Honduras, ¶109 y ¶120, MCD; ¶137, MCH).

845. Segundo, Honduras resalta que las Modificaciones No.1 y 3 se hicieron con el consentimiento expreso de Elsamex (no fueron una decisión unilateral de SOPTRAVI), lo que implica que Elsamex aceptó todos los posibles efectos producidos por el cambio de longitud en cada caso y, si hubiere lugar a compensarlos, debió solicitar su incorporación oportunamente en el documento de modificación respectivo (Honduras, ¶76, MCD).

2.4.2.3. Consideraciones del Árbitro Único

846. En este caso la Administración modificó el Contrato en los términos previstos en el Art. 204 del RLCE, disminuyendo las obligaciones del Contratista en relación con la longitud total de la Carretera a rehabilitar. Evidentemente, el Contratista construyó la planta de producción de la mezcla asfáltica en el centro de la obra original para calcular los precios unitarios con base en el valor promedio de acarreo de mezcla más bajo posible frente a la longitud original del Proyecto, es decir los 92,50 kms. Es el concepto de este Árbitro Único que el mismo razonamiento aplicado en la sección relativa al reclamo de la geomalla aplica en este caso. De manera que para evitar repeticiones, se refiere íntegramente a las consideraciones expresadas en materia de las prerrogativas de la Administración, incluyendo las modificaciones (ver ¶ 800-807 de este Laudo).

847. Este Árbitro Único concluye que el ejercicio de esta prerrogativa de modificación contractual por parte de la Administración implica los siguientes deberes a cargo de la Administración en el caso que nos ocupa: (i) el deber de pagar al Contratista todas las prestaciones adicionales resultantes de cada modificación, considerando los precios unitarios inicialmente pactados, sin perjuicio, en su caso, de la revisión de precios (Art. 202 del RLCE) y (ii) el deber de reconocer todos los gastos en que razonablemente hubiere incurrido el Contratista en previsión de la ejecución total del Contrato (original), siempre que los mismos no hubieren sido abonados (Art. 204 del RLCE). Por lo expuesto, este Árbitro estima que, el Contratista se debe compensar ya sea por el acarreo adicional (ya sea como un concepto independiente o computado en otros ítems), o por el

mayor costo del transporte de la mezcla asfáltica que resultó de la disminución de las obligaciones del Contratista frente al kilometraje que debía rehabilitar (calculado con base en la diferencia entre el costo teórico del acarreo en la oferta presentada para la licitación y el costo realmente incurrido luego de las modificaciones). Se estima que la segunda opción es más práctica y precisa en estas circunstancias.

848. De la fórmula utilizada por la Unidad Ejecutora se desprende que la misma utilizó un promedio simple en lugar de un promedio ponderado para efectuar su cálculo de acarreo. Este Árbitro Único considera que el promedio simple no refleja la realidad del costo adicional en que incurrió el Contratista porque parte del presupuesto errado de que todas las secciones utilizan la misma cantidad de concreto asfáltico. Además, la Unidad Ejecutora partió desde estaciones distintas a las reales y utilizó una estación errada para el plantel, lo que afectó la precisión de su cálculo. En contraste, el cálculo presentado por Elsamex sí acredita el costo del transporte de la mezcla asfáltica debidamente, pues presenta un promedio ponderado tomando en cuenta todos los elementos que afectaron el mismo.
849. Adicionalmente, este Árbitro coincide con Elsamex en cuanto a que si bien hay libertad de pactos, éstos no pueden contravenir el ordenamiento jurídico y los principios de la sana y buena administración previstos en la Ley (Art. 104 de la LCE). En consecuencia, resulta inadmisibles que la Administración presente una redacción de la Modificación que le exija al Contratista la renuncia de una compensación a la que tendría derecho legalmente para mantener el equilibrio económico financiero del Contrato.
850. No sobra mencionar que este Árbitro Único también se remite a lo expresado reiteradamente a lo largo de varias secciones en materia del bloqueo al acceso al sistema de resolución de controversias previsto en el Contrato y la negativa de la Administración a nombrar un conciliador, de conformidad con las Cláusulas 24 y 25 del Contrato. Si Elsamex objetó la decisión de la Administración frente al reclamo del Contratista de una compensación por el costo adicional incurrido por este concepto de acarreo, la Administración debió surtir el procedimiento respectivo y al no hacerlo incumplió el Contrato y abusó de sus prerrogativas legales.
851. Por todo lo anterior, este Árbitro Único concluye que procede el reclamo del Contratista del que trata esta sección por el valor total **USD\$70.276,44**.

E. Intereses

852. A continuación el Árbitro Único procederá a determinar (1) si se deben intereses y la tasa de interés aplicable, (2) las fechas relevantes y metodología para el cálculo de intereses, (3) la procedencia del interés compuesto.

1. Procedencia del pago de Intereses y tasa de interés aplicable

853. La Demandante solicita el pago de intereses sobre todos los montos reclamados. Dichos reclamos pueden dividirse en pagos efectuados de manera tardía, no efectuados o no aprobados por Honduras y reclamos presentados en la SdA derivados de daños y perjuicios sufridos por la Demandante por acciones u omisiones de Honduras.

854. Al respecto, la Demandada se ha limitado a manifestar en su MCH que no pueden otorgarse intereses porque el Contrato no contiene una cláusula otorgando los mismos.⁵¹⁷

855. Es cierto que el Contrato no se pronuncia sobre la aplicación de intereses. La cláusula 3, señalada por la Demandante, no contiene una mención específica sobre el tema.⁵¹⁸ Por lo anterior, el Árbitro Único deberá analizar lo que dispone la legislación hondureña al respecto.

856. El derecho a cobrar intereses por el pago tardío es un derecho ex lege del Contratista conforme lo establece la legislación Hondureña (Elsamex, ¶209, ACE). El artículo 124 de la LCE establece el derecho al pago de intereses por mora de conformidad con el Artículo 28 de la misma ley. El antes mencionado artículo en su parte pertinente indica:

«La Administración reconocerá intereses a la tasa promedio correspondiente al mes en que se efectúe el pago para operaciones activas del sistema bancario nacional, cuando se produzcan atrasos en el pago de sus obligaciones por causas que le fueren imputables, por más de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la presentación correcta de los documentos de cobro correspondiente. El pago de intereses, se hará a más tardar en la fecha del siguiente pago parcial. En el contrato se establecerá el procedimiento de pago de estos intereses.»

857. Por lo anterior, y en vista del silencio contractual, la tasa de interés aplicable para los reclamos relacionados con pagos efectuados de manera tardía, no efectuados o no aprobados por Honduras, [esto es: i) ajuste de precios - cláusula 47 del contrato; (ii) reparación de zonas inestables; (iii) gastos de geomalla; (iv) alteración del centro de gravedad de acarreo; (v) trabajos impagados contemplados en la Estimación No. 37; (vi) 42 días de suspensión entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007; (vii) 4 días de suspensión entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 y 34 días de tiempo sin contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007; y, (viii) 65 días de paralizaciones durante el tiempo sin Contrato entre el período del 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008] será la tasa activa promedio correspondiente al mes en que se efectúe el pago para operaciones del sistema bancario nacional conforme a lo establecido por el artículo 28 de la LCE en concordancia con el 41 del RLCE. Es decir, la tasa promedio para operaciones activas vigente cotizada por el Banco Central de Honduras.

858. En cuanto al otro tipo de reclamaciones hechas por la Demandante a partir de la SdA, esto es, aquellas derivadas de los daños y perjuicios ocasionados a la misma por acciones u omisiones de Honduras, a saber: (i) el retraso en la emisión del CTO; (ii) retenciones indebidas y (iii) ejecución indebida de las garantías, la Demandante considera que tiene derecho a recibir el interés legal del 6% de conformidad con el artículo 1367 del Código Civil de Honduras (Elsamex, ¶274, MD). El referido artículo establece que «*si la*

⁵¹⁷ Honduras, MCH, C. Conclusión, literal e).

⁵¹⁸ «*El Contratante conviene en pagar al Contratista, en consideración de la ejecución y terminación de las Obras y la corrección de los defectos de las mismas por el Contratista, el precio del Contrato o la suma que pueda resultar pagadera en virtud de las disposiciones del Contrato, en el momento y de la manera estipulados en el Contrato.»*

obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.»

859. El Árbitro Único coincide en que para las reclamaciones arriba mencionadas procede el pago del interés legal del 6% pues, además de no existir acuerdo alguno entre las partes al respecto, las reclamaciones tienen que ver con la compensación de los daños y perjuicios sufridos por el Contratista por acciones u omisiones de la Administración, las cuáles son distintas a aquellas relacionadas con pagos tardíos u obra ejecutada que no fue aprobada.

2. Fechas relevantes y metodología para el cálculo de intereses

860. El artículo 28 de la LCE, arriba citado, establece también que los intereses empezarán a devengarse transcurridos 45 días a partir de la fecha de presentación de los documentos de cobro. Esta es la posición de la Demandante respecto a cuando deben empezar a contarse intereses para algunos de sus reclamos.⁵¹⁹

861. El Árbitro Único considera que el plazo de 45 días señalado en el artículo 28 no es aplicable al caso del la Estimación 37. Dicho reclamo tiene que ver con el retraso injustificado en el pago de una estimación por parte de la Administración, a diferencia de otros reclamos en los cuales se violaron derechos del Contratista y lo pactado entre las partes. Conforme consta explicado en la letra c) de la Sección 1.2.2.1 de este Laudo, de acuerdo a la Cláusula 43.1 del Contrato, la Administración contaba con un plazo de 60 días para efectuar el pago de las estimaciones desde la fecha de su aprobación antes de incurrir en mora.

862. En consecuencia, ya que la estimación fue presentada por Elsamex el 22 de abril de 2008 y, conforme consta en la letra c) de la Sección 1.2.2.1 del presente Laudo, se consideró aprobada el 30 de abril de 2008, los intereses relacionados a los trabajos impagados de la Estimación 37 deberán empezar a correr a partir del 30 de junio de 2008, una vez transcurrido el plazo de 60 días para el pago.

863. Sin embargo de lo anterior, es opinión del Árbitro Único que para las siguientes reclamaciones es válida la metodología para el cálculo de intereses propuesta por la Demandante. Esto es, que los intereses deben empezar a devengarse transcurridos 45 días a partir de la fecha de presentación de los documentos de cobro conforme lo establecido por el artículo 28 de la LCE (Elsamex, ¶211-213 ACE) y hasta que se haya efectuado el pago definitivo de esa suma. Por lo tanto, los intereses para los siguientes asuntos, reclamados antes de la SdA, deben correr a partir de las siguientes fechas:

- (a) Febrero 10, 2008: (i) ajuste de precios - cláusula 47 del contrato; (ii) reparación de zonas inestables; (iii) gastos de geomalla; (iv) alteración del centro de gravedad de acarreo; (v) 42 días de suspensión entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007; (vi) 4 días de suspensión entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 y 34 días de tiempo sin contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007;

⁵¹⁹ Ver ¶211-213 ACE

(b) Agosto 2, 2008: (vi) 65 días de paralizaciones durante el tiempo sin Contrato entre el período del 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008.

864. Los intereses para los siguientes reclamos que fueron presentados a partir del 17 de marzo de 2009, fecha de la SdA, deben correr a partir de esa fecha y hasta la fecha de pago definitivo: (i) Retraso injustificado en la emisión del CTO; (ii) indebida ejecución de la Garantía de Calidad #1800007385; (iii) indebida ejecución de la Garantías de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126; (iv) ejecución injustificada e indebida de la Garantía de Calidad y las Garantías de Fiel Cumplimiento -gastos financieros y comisiones bancarias-; (v) retenciones indebidas.

3. Interés Compuesto

865. Elsamex sostiene que el artículo 1368 del Código Civil de Honduras reconoce el derecho a reclamar interés compuesto o interés sobre interés, por lo que cualquier interés concedido deberá también devengar el interés legal desde la presentación de la SdA (¶272 y 276, MD). El texto del artículo antes referido en su parte relevante es el que sigue:

«Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.»

866. El Árbitro Único no considera que la Demandante ha probado meritoriamente que la ley hondureña permite el interés compuesto para este tipo de casos. Elsamex se ha limitado a citar el artículo antes referido. Adicionalmente, el derecho internacional ha sido cauteloso en el otorgamiento del interés compuesto en lugar del simple. En el caso de Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica, citado por el Tribunal de Aucoven C. Venezuela⁵²⁰ «el tribunal trazó una distinción expresa entre los casos de expropiación y los casos de “simple incumplimiento de contrato”. Y estableció que “la tendencia en la jurisprudencia internacional se inclina a otorgar sólo el interés simple [...] en relación con los casos [...] de simple incumplimiento contractual” y consideró necesario enfatizar que en tal circunstancia se trataba de un caso de expropiación y no de incumplimiento contractual.»

867. Por consiguiente, no procede el otorgamiento del interés compuesto en este caso.

F. Costas

1. Posición de las Partes

1.1. Elsamex

868. La Demandante reclama la cantidad total de **USD\$1.434.751,78** por costes, resultantes de sumar los siguientes conceptos discriminados en el Memorial de Costes: (a) **USD\$524.982,96** por concepto de honorarios profesionales y gastos de Cremades &

⁵²⁰ Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”) c. República Bolivariana de Venezuela (“Venezuela”) (Caso CIADI No. ARB/00/5), Laudo del 23 de septiembre de 2003, ¶ 394.

Asociados, **USD\$79.957,59** por concepto de costes de los informes técnicos, **USD\$68.718,60** por concepto de costes de desplazamiento, manutención y estancia durante la celebración de la Audiencia, **USD\$496.320,31** por concepto de costes del tribunal arbitral del CIADI, y **USD\$77.630,79** por concepto de otros costes asociados al proceso, (es decir, un subtotal **USD\$1.247.610,24** por costes directos); y (b) **USD\$187.141,54** por gastos indirectos, generales y financieros (15% de costes indirectos) (Elsamex: ¶214, ACE; Cuadro Resumen Costes, Costes).

869. Teniendo en cuenta que Honduras finalmente pagó con retraso los anticipos segundo, tercero y cuarto al CIADI, Elsamex aclaró mediante carta del 25 de julio de 2012 que «*Elsamex ingresó al Centro USD\$ 90.030 en noviembre de 2010 correspondientes a la República de Honduras por concepto del segundo anticipo así como USD 100.000 en mayo de 2011 correspondientes a la República de Honduras por concepto del tercer anticipo, para evitar la suspensión del procedimiento.*» Al respecto, Elsamex manifiesta en la citada carta que, independientemente del resultado del arbitraje, o de la decisión del Árbitro Único sobre costas, la Parte Demandante reclama su derecho a que se le reembolsen íntegramente estos pagos adicionales (**USD\$90.030** y **USD\$100.000**)⁵²¹ con intereses.

1.2. Honduras

870. Honduras también reclama honorarios de abogados y costos incurridos por razón del presente arbitraje. Honduras basa esta reclamación en que, a su juicio, la Demandante litigó con notoria falta de derecho. La Demandada solicitó: (i) **USD\$ 230.729,09** por concepto de honorarios profesionales de abogado; (ii) **USD\$ 42.368,42** por concepto de costos de perito; y, adicionalmente, solicita (iii) que se le reembolsen los gastos del procedimiento pagados al CIADI. (Honduras, ¶138, MCH).

2. Consideraciones del Árbitro Único

2.1. Costes de abogados

871. Por las razones expuestas en la Decisión sobre Jurisdicción y en el análisis sobre las excepciones adicionales a la jurisdicción efectuado en el presente Laudo, este Árbitro Único considera que Honduras litigó con notoria falta de derecho en todo lo referente al espectro jurisdiccional de este caso. Como corolario de ello, este Árbitro decide otorgar las costas de abogados solicitadas por Elsamex referentes a las fases jurisdiccionales del proceso, es decir el valor total de **USD\$162.051,25** que resulta de sumar: (a) todos los honorarios y gastos en la elaboración y presentación del Memorial de Contestación a las Excepciones a la Jurisdicción formuladas por Honduras (**USD\$109.373,10**)⁵²²; (b) una tercera parte de los honorarios y gastos en la elaboración y presentación del Memorial de Réplica sobre el Fondo, Contestación a la Contra-Demanda y a las Excepciones Adicionales a la Jurisdicción (es decir, una tercera parte de **USD\$109.964,47**)⁵²³ que equivale a **USD\$36.654,82**) y (c) una tercera parte de los honorarios y gastos en la

⁵²¹ Nótese que estos USD\$190.030 ya estaban incluidos en la reclamación de costes del Centro en el párrafo anterior.

⁵²² Esta cifra resulta de convertir €76.561,17 a dólares.

⁵²³ Esta cifra resulta de convertir €6.975,13 a dólares.

preparación de la Audiencia (es decir, una tercera parte de **USD\$48.069,99**,⁵²⁴ que equivale a **USD\$16.023,33**).

872. Asimismo, en concepto de este Árbitro Único, por las razones expuestas en el análisis sobre el fondo de la Demanda de Reconvencción, Honduras presentó dicha demanda sin fundamento técnico, contractual y legal de fondo, generando una demora y un incremento en costes procesales innecesaria. Por lo anterior, este Árbitro decide otorgar las costas solicitadas por Elsamex referentes a la contra-demanda, es decir el valor total de **USD\$52.678,15** que resulta de sumar que resultan de sumar: (a) una tercera parte de los honorarios y gastos en la elaboración y presentación del Memorial de Réplica sobre el Fondo, Contestación a la Contra-Demanda y a las Excepciones a la Jurisdicción (es decir, una tercera parte de **USD\$109.964,47**,⁵²⁵ que equivale a **USD\$36.654,82**) y (b) una tercera parte de los honorarios y gastos en la preparación de la Audiencia (es decir, una tercera parte de **USD\$48.069,99**,⁵²⁶ que equivale a **USD\$16.023,33**).

873. Las demás reclamaciones de las Partes en relación a las costas de abogados no se encuentran fundadas.

2.2. Costes de peritos e informes técnicos

874. En opinión de este Árbitro las costas solicitadas por las Partes en relación con los honorarios de los peritos por su asistencia, elaboración de informes técnicos y sustentaciones respectivas no se encuentran satisfactoriamente justificadas.

2.3. Costes de desplazamiento, manutención, estancia durante la celebración de la audiencia

875. En opinión de este Árbitro, en relación con la solicitud de costos de desplazamiento, manutención y estancia durante la celebración de la Audiencia, únicamente se encuentra fundado el cobro de los costes de estancia en la fecha de la Audiencia sobre Jurisdicción para cuatro abogados por valor de **USD\$156** cada habitación, para un total de **USD\$624**.

2.4. Costes relativos al procedimiento ante el Centro

876. El Art. 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI dispone que las Partes deberán realizar pagos por adelantado en aras de que el Centro pueda sufragar los gastos en que se incurra en el procedimiento. Concretamente, el Art. 14(3)(d) establece:

"(...) respecto de cada procedimiento de conciliación y respecto de cada procedimiento de arbitraje, salvo que las Reglas de Arbitraje dispongan una división distinta o que así lo hayan decidido las partes o el Tribunal, cada parte abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas de un procedimiento de arbitraje que el Tribunal tome de conformidad con

⁵²⁴ Esta cifra resulta de convertir €33.648,99 a dólares.

⁵²⁵ Esta cifra resulta de convertir €76.975,13 a dólares.

⁵²⁶ Esta cifra resulta de convertir €33.648,99 a dólares.

el Artículo 61(2) del Convenio. En ese sentido, en ausencia de acuerdo entre las partes en relación con la distribución de las costas, el mencionado artículo 61(2) del Convenio autoriza al Tribunal a "determina[r]...los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidir[er] la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro". (Subrayado fuera de texto).

877. En este caso, Honduras no cumplió con su pago proporcional anticipado de las sumas requeridas por el Centro para sufragar parte de los costos del procedimiento arbitral en tiempo, lo cual generó que la Demandante se viera obligada a soportar esos pagos para evitar la suspensión del procedimiento, según lo dispone la Regla 14(3)(d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. El Centro solicitó el pago de 4 anticipos a las Partes por un valor total de **USD\$740.000**, a razón de **USD\$370.000** a cada Parte (más el monto administrativo inicial de **USD\$25.000** a cargo de la Demandante). Elsamex ha hecho pagos por un total de **USD\$559.784** (más el citado cargo administrativo) y Honduras ha pagado la cantidad total de **USD\$379.970**, con cierto retraso respecto a las fechas solicitadas, según se describirá a continuación.
878. Primero, en agosto de 2009 Elsamex pagó **USD\$80.000** (su parte del anticipo), y luego **USD\$80.000** adicionales (la cantidad remanente del monto del 1er anticipo solicitado). Un año más tarde, en agosto de 2010, Honduras pagó **USD\$79.970** correspondiente a su parte del 1er anticipo.
879. Segundo, el 27 de agosto de 2010 Elsamex pagó su parte del 2do. anticipo mediante: (i) los **USD\$80.000** que había pagado en exceso por la parte faltante del 1er anticipo (dado que Honduras pagó la parte que le correspondía con un año de retraso), más (ii) **USD\$19.962** recibidos el 22 de septiembre de 2010. En agosto de 2010, se recibió una transferencia de Honduras por **USD\$9.970**, que fue aplicada como un 1er. pago parcial a cuenta de su parte del 2do. anticipo, quedando un saldo por pagar de **USD\$90.030**. En noviembre de 2010, Elsamex pagó **USD\$89.986** para cancelar la parte del anticipo que estaba pendiente de pago, ya que no había sido cancelada por Honduras. Posteriormente, mediante carta del 22 de marzo de 2012, se acusó recibo de un 2do. pago parcial de Honduras (**USD\$535,22**) (quedando un saldo pendiente por parte de Honduras por **USD\$89.494.78**).⁵²⁷
880. Tercero, en abril de 2011, Elsamex pago **USD\$99.956** (se acusó recibo el 19 de abril de 2012). Luego, en junio de 2011, Elsamex también canceló **USD\$99.940** (la cantidad remanente del monto del 3er anticipo solicitado).
881. Cuarto, el 19 de marzo de 2012, Elsamex pagó **USD\$89,940** (correspondiente a su parte del 4to. anticipo). En julio de 2012, Honduras pagó **USD\$289.435** para cancelar su saldo pendiente del 2do., 3er. y 4to. anticipos.

⁵²⁷ Nótese que en comunicación del 22 de marzo de 2012 del CIADI hubo un error, ya que se indicó que quedaba pendiente USD\$99.464,78 a cargo de Honduras porque no se tomó en cuenta el 1er pago parcial de USD\$9.970.

882. A partir de lo anterior se desprende que, Honduras hizo un pago excedentario por valor de **USD\$9.910,22** y Elsamex hizo pagos excedentarios por la cantidad de **USD\$189.784**. En concepto de este Árbitro Único, la reclamación de Elsamex en relación con los intereses por cada uno de los anticipos que Elsamex hizo en nombre de Honduras para continuar el procedimiento, no resulta procedente por encontrarse fuera de término.⁵²⁸ Ahora bien, siempre que no fuere necesario cubrir gastos adicionales, los montos pagados por las Partes en exceso de lo solicitado les serán reintegrados a las Partes una vez hayan transcurrido tres meses de la emisión del Laudo, según dispone la práctica del CIADI, junto con cualquier remanente que quedare en la cuenta del caso (en proporción a los pagos recibidos).

883. El Tribunal considera que ambas Partes han planteado sus posturas de buena fe y que han actuado de manera profesional en el procedimiento sin haberse generado demoras o costes procesales indebidos (salvo los relativos a la etapa adicional jurisdiccional y la Demanda de Reconvención que ya han sido cubiertos en una petición separada). Por consiguiente, este Árbitro determina no conceder costes relacionados con el procedimiento administrativo como tal.

2.5. Otros costes asociados al proceso

884. En opinión de este Árbitro no procede la solicitud de Elsamex de reembolsar los otros costes asociados al proceso solicitados por Elsamex en relación con los costes directos teniendo en cuenta que los mismos no tienen fundamento pues incluyen gastos de viaje a España y traducciones a pesar de que se trataba de un caso exclusivamente en español y a celebrarse en Honduras) y otros costes asociados con etapas de la audiencia que no ameritan condena en costas.

2.6. Gastos indirectos, generales, financieros (15% costes directos)

885. Este Árbitro concluye que no procede la solicitud de Elsamex de reembolsar los gastos indirectos generales y financieros en vista de que los mismos no se encuentran soportados ni fundamentados. Además, en opinión de este Árbitro los costes financieros se encuentran cubiertos en otras secciones y la solicitud respectiva duplicaría el cobro de los mismos.

V. REPARACIÓN

886. Por las razones expuestas, este Árbitro Único decide por el presente que:

- 1. Honduras incumplió las Cláusulas 25, 26, 28, 44, 47, 52, 55 y 56 del Contrato.**
- 2. Honduras violó lo dispuesto en los artículos 4, 72, 74, 79, 119, 121, 122 y 124 de la LCE y los artículos 184, 190, 195, 214 y 252 del RLCE.**
- 3. Elsamex no incurrió en incumplimiento grave del Contrato puesto que el concreto asfáltico y la base estabilizada no adolecen de defectos de calidad por**

⁵²⁸ Nótese que los intereses citados sobre los anticipos pagados por Honduras no fueron reclamados en ninguno de los memoriales. En ningún momento se especificó una tasa o se justificó la reclamación de intereses por este concepto.

incumplimiento de las especificaciones técnicas. Los factores que causaron las fallas de la Carretera no son contractual ni legalmente imputables a Elsamex. Por lo tanto, no procedía la terminación del Contrato por incumplimiento grave del mismo ni la correspondiente ejecución de Garantías.

4. Elsamex incumplió parcialmente su responsabilidad contractual en materia de limpieza del derecho de vía, alcantarillas, cunetas y drenajes durante las obras. Por lo tanto procede la retención de USD\$5.500 por este concepto, la cual ha sido automáticamente deducida del monto otorgado bajo el concepto de la Estimación No. 37 en el numeral siguiente.
5. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$ USD\$396.185,78⁵²⁹ por concepto de Trabajos impagados contemplados en la Estimación No. 37, más el correspondiente interés que se devengue desde el 30 de junio de 2008 hasta la fecha efectiva de pago;
6. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$685,476.77 por concepto de ajuste de precios (debida implementación de la Cláusula 47 del Contrato), más el correspondiente interés que se devengue desde el 10 de febrero de 2008 hasta la fecha efectiva de pago;
7. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$2.074.771,82 por concepto de trabajos extraordinarios impagados, de reparación de zonas inestables, más el correspondiente interés que se devengue desde el 10 de febrero de 2008 hasta la fecha efectiva de pago;
8. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$59.540,00 por concepto de gastos de geomalla, más el correspondiente interés que se devengue desde el 10 de febrero de 2008 hasta la fecha efectiva de pago;
9. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$648,512.20 por concepto de daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones del propietario que ocasionaron suspensiones y paralizaciones, más el correspondiente interés. El interés correspondiente correrá a partir del 10 de febrero de 2008 y hasta la fecha efectiva de pago para los 42 días de suspensión entre el 25 de julio y el 4 de septiembre de 2007, 4 días de suspensión entre el 30 de septiembre y el 3 de octubre de 2007 y 34 días de tiempo sin contrato desde el 4 de octubre al 6 de noviembre de 2007. El interés correspondiente correrá a partir del 2 de agosto de 2008 y hasta la fecha efectiva de pago para los 65 días de paralizaciones durante el tiempo sin contrato entre el período del 4 de diciembre de 2007 hasta el 26 de febrero de 2008.
10. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$70.276,44 por concepto de alteración del centro de gravedad de acarreo, más el correspondiente interés que se devengue desde el 10 de febrero de 2008 hasta la fecha efectiva de pago;

⁵²⁹ Esta cifra se desprende de restar USD\$5.500 al monto original solicitado por Elsamex (USD\$401.685,78) por concepto del incumplimiento parcial del Contratista de su responsabilidad contractual en materia de limpieza del derecho de vía, alcantarillas, cunetas y drenajes durante las obras según lo expuesto en la sección pertinente del Análisis de este Laudo.

11. La tasa de interés aplicable para las reparaciones concedidas supra (numerales 3 a 10 de esta sección) será la tasa promedio correspondiente al mes en que se efectúe el pago para operaciones activas del sistema bancario nacional de acuerdo con la última calificación emitida por el Banco Central de Honduras. No se calculará el interés compuesto.
12. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$174.664,85 por concepto de gastos incurridos por el Contratista como consecuencia del retraso injustificado en la emisión del CTO, más el correspondiente interés que se devengue desde el 17 de marzo de 2009 hasta la fecha efectiva de pago;
13. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$938.308,47 por concepto de la indebida ejecución de la Garantía de Calidad #1800007385 por parte de SOPTRAVI, a manera de reembolso, más el correspondiente interés que se devengue desde el 17 de marzo de 2009 hasta la fecha efectiva de pago;
14. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$2.816.000,00 por concepto de la indebida ejecución de la Garantías de Fiel Cumplimiento #26/44 y 26/126 a manera de reembolso por parte de SOPTRAVI, más el correspondiente interés que se devengue desde el 17 de marzo de 2009 hasta la fecha efectiva de pago;
15. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$ 120.395,80 por concepto de los daños y perjuicios derivados de la ejecución injustificada e indebida de la Garantía de Calidad y las Garantías de Fiel Cumplimiento (gastos financieros y comisiones bancarias), más el correspondiente interés que se devengue desde el 17 de marzo de 2009 hasta la fecha efectiva de pago;
16. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma de USD\$91.863,06 por concepto de retenciones indebidas, más el correspondiente interés que se devengue desde el 17 de marzo de 2009 hasta la fecha efectiva de pago;
17. La tasa de interés aplicable para las reparaciones concedidas supra (numerales 12 a 16 de esta sección) será la tasa de interés legal del seis por ciento anual. No se calculará el interés compuesto.
18. Honduras deberá pagar a Elsamex la suma total de USD\$214.729,40 por concepto de costes de abogados relacionados con las etapas de jurisdicción y reconvencción. Salvo lo anterior, cada Parte deberá sufragar sus propias costas y gastos incurridos en razón del presente arbitraje. Las costas y gastos del presente procedimiento de arbitraje, incluidos los honorarios del Árbitro Único, serán divididos en partes iguales entre las partes.
19. Se desestima toda otra reclamación o solicitud.

[firmado]

Enrique Gómez-Pinzón

Árbitro Único

Fecha:

Washington, D.C.