

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON D. C.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL ENTRE

ASTALDI S.p.A.
(DEMANDANTE)

y

LA REPÚBLICA DE HONDURAS
(DEMANDADA)

(Caso CIADI No. ARB/O7/32)

LAUDO ARBITRAL

Tribunal de Arbitraje Unipersonal

Lic. Eduardo Sancho González

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

<i>Representando a la Demandante:</i> Dr. José Francisco Cardona Arguelles Tegucigalpa República de Honduras	<i>Representando a la República de Honduras:</i> Dra. Ethel Suyapa Deras Enamorado Procuradora General de la República Abog. Nelson G. Molina Flores Procurador Judicial del Estado de Honduras
---	---

Fecha de envío a las partes: 17 de septiembre de 2010

I. PROCEDIMIENTO

1.- Solicitud de Arbitraje.- El día 30 de octubre del año 2007, el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió de la empresa Astaldi, S.p.A. (ASTALDI, la Demandante o el Contratista), una solicitud de arbitraje en contra de la República de Honduras (la Demandada). La solicitud se refiere a una controversia surgida por el tratamiento que las autoridades hondureñas dieron a un reclamo por variaciones en el objeto del contrato o por surgir eventos imprevistos, suscitados en la fase de ejecución contractual de la obra pública (el Proyecto) denominada “*Contrato de Mejoramiento de la Carretera CA-5-Norte, Tramo Taulabe-La Barca*” (el Contrato), suscrito por ASTALDI, S.p.A y el Estado de Honduras, por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI). En su solicitud de arbitraje, la Demandante hace referencia a la cláusula compromisoria convenida con el Estado de Honduras y que consta en el documento suscrito por las partes el día 5 de enero del 2005, cuyo fundamento jurídico aparece en el Anexo III “Condiciones del Contrato”, letra A Disposiciones Generales, Cláusulas 25, 25.2 y 25.3, así como en el Anexo IV “Datos del Contrato”.

2.- Identificación de las Partes.- Procedimiento arbitral entre la sociedad mercantil ASTALDI S.p.A., domiciliada en la Ciudad de Roma, Italia, autorizada para ejercer el comercio en la República de Honduras en actividades de la construcción, según consta en el Acuerdo No. 1235/86 de la Secretaría de Estado en los Despachos de Hacienda y Crédito Público, expedido en la Ciudad de Tegucigalpa el día doce de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, con el que se modifica un Acuerdo anterior que lleva el No. 496 del 22 de agosto de 1978, y representada en este proceso, inicialmente, por el abogado Darío Orlando Roveló Rodríguez, en su condición de Apoderado Legal de conformidad con el Poder General para Pleitos y sustituido, posteriormente, por el abogado José Francisco Cardona Argüelles, también como Apoderado Legal de conformidad con el Poder General para Pleitos, ambos mandatos otorgados

por la empresa y que constan en autos. La Demandante, para los efectos de este Laudo, se identifica en adelante como Astaldi; y, por el otro lado, la República de Honduras, representada inicialmente por la Procuradora General de la República Dra. Rosa América Miranda Rivera, luego sustituida en ese cargo por la Dra. Ethel Suyapa Deras Enamorado y por el abogado Nelson Gerardo Molina Flores, actuando en su condición de Procurador Judicial del Estado de Honduras, representaciones todas acreditadas en los autos.

3.- **Registro de la Solicitud de Arbitraje.**- El 19 de diciembre de 2007 el Secretario General Interino del Centro procedió a registrar la solicitud de arbitraje, asignando al caso el número de Expediente ARB/07/32 e invitó a las partes a constituir un Tribunal de Arbitraje.

4.- **Constitución del Tribunal.**- El suscrito, EDUARDO SANCHO GONZÁLEZ, mayor, casado, abogado, vecino de San José de Costa Rica, expongo: Antecedentes: Con vista del expediente del presente proceso de arbitraje, que el Estado de Honduras representado por el Secretario de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI) junto con el Ingeniero Melvin Omar Martínez Sandoval, Director General de Carreteras y la empresa Astaldi, representada por Mario Federico Pieragostini, Director de Area, con fundamento en las disposiciones del Contrato de Mejoramiento de la Carretera CA-5 Norte, Tramo Taulabe – La Barca, firmado el 5 de enero de 2005 y aprobado por el Congreso Nacional mediante Decreto No. 4-2005 del 26 de enero del 2005 y publicado en La Gaceta Diario Oficial de la República de Honduras del 26 de febrero del 2005, procedieron a convenir, que se discutieran los diferendos sobre la ejecución de ese contrato en la vía arbitral; que la Institución cuyos procedimientos de arbitraje se utilizarían es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en la Ciudad de Washington, D.C. y los procedimientos se efectuarán conforme con las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje del CIADI) vigentes al 5 de enero del 2005. Que con tal propósito ambas partes firmaron el

Acta No. 1-2007 el 25 de octubre del 2007 y acordaron que el Tribunal de Arbitraje estaría integrado por un Árbitro Único de conformidad con lo establecido en la Regla 2(1)(a), (b) y (c) y (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Reglas de Nombramiento: Las partes, convinieron en elaborar una lista corta y sugerir, cada una de ellas, los nombres de tres candidatos para integrar el Tribunal y nombrar de común acuerdo a uno de los candidatos. Acordaron, también, que si el Tribunal de Arbitraje no se llegare a constituir a más tardar 90 días después que el Secretario General del CIADI hubiera enviado la notificación del registro de la solicitud de arbitraje, cualquiera de las partes podía solicitar de manera escrita al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que nombrara el Árbitro Único. El nombre de Eduardo Sancho González, Árbitro Único del Proceso, fue propuesto por el Estado de Honduras y aceptado por la Demandante. En consecuencia, el Árbitro Único formalmente declara, que de conformidad con lo que dispone la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el suscrito fue nombrado por las partes como Árbitro Único y que acepté el cargo y formulé la declaración correspondiente, ante la Secretaría General del CIADI, el día 7 de abril del 2008.

5.- El 11 de abril del 2008 y por acuerdo de las partes, se constituyó el Tribunal de Arbitraje Unipersonal (Tribunal), designando como Árbitro Único al señor Eduardo Sancho González, abogado, nacional de la República de Costa Rica.

6.- El 9 de junio del 2008, se celebró la primera sesión del Tribunal, en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras y registrándose en el acta respectiva, todas las normas de procedimiento acordadas, sobre todo en lo que respecta a la decisión de las partes de litigar, únicamente, por escrito y reducir al mínimo, las sesiones del Tribunal.

7.- El 8 de agosto de 2008 Astaldi presentó su Memorial sobre el fondo de la diferencia.

8.- El 3 de octubre del 2008 la Procuradora General de la República de Honduras Rosa América Miranda Rivera, en representación de la Demandada, de conformidad con lo que dispone la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, interpuso ante el Secretariado del Tribunal la Excepción de Falta de Jurisdicción y Competencia, solicitó que se suspenda el procedimiento de arbitraje y que en Laudo se declare que la diferencia se sustrae de la jurisdicción del CIADI y de la competencia del Tribunal, con especial condenatoria en costas para la parte demandante. En el mismo escrito de interposición de la Excepción, la Procuradora General de la República de Honduras, confirió Poder Especial para el ejercicio de la Procuración al Abogado Nelson Gerardo Molina Flores, mayor, casado, vecino de Tegucigalpa, con facultades generales del Mandato Judicial, para que se tenga como Procurador constituido en este proceso arbitral, con las limitaciones contenidas en el Artículo 19, Atribución Primera, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

9.- De previo a tramitar la Excepción, el Árbitro Único invitó a la partes a llegar a un acuerdo sobre un calendario de jurisdicción para evacuar la tramitación de la Excepción. Ambas partes acordaron los plazos y etapas procesales, lo que fue oportunamente comunicado al Secretario del Tribunal.

10.- El 9 de octubre de 2008, el Tribunal dio curso a la solicitud de la Demandada, y ordenó la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia, mientras se resolvía la excepción opuesta como una cuestión preliminar.

11.- El 29 de mayo del 2009 el Tribunal de Arbitraje emitió su Decisión de jurisdicción, donde rechazó la excepción de incompetencia y falta de jurisdicción del CIADI para conocer del presente caso opuesta por la República de Honduras, declaró que tiene competencia para seguir conociendo de este arbitraje y ordenó la continuación del procedimiento. La Decisión sobre jurisdicción se entiende como parte integral del presente Laudo.

12.- El 1 de junio de 2009 la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el fondo de la diferencia, que se sintetiza en el Capítulo V de este Laudo. El 29 de junio del 2009, Astaldi presentó su Réplica sobre el fondo de la diferencia, que se resume en el Capítulo VI de este Laudo.

13.- La representación de la República de Honduras, en escrito firmado por el Procurador Judicial del Estado, presentó la Dúplica sobre el fondo de la diferencia el 28 de agosto de 2009, que se resume en el Capítulo VII de este Laudo.

14.- El día 2 de julio del 2009 el Procurador Judicial del Estado de Honduras, atendiendo a las razones de tipo político que imperaban en ese momento en el país, solicitó que se suspendiera el procedimiento, con la oposición de la Demandante que habiendo sido consultada, contestó la audiencia el día 7 de julio. El Tribunal decidió dar un compás de espera y suspendió el procedimiento, prudencialmente, hasta el día 31 de julio del 2009.

15.- Mediante resolución del 20 de enero del 2010 el Tribunal de Arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Acta Resumida de la primera sesión del 9 de junio del 2008, concedió a las partes un plazo común para presentar sus Conclusiones, lo que hicieron el día 3 de febrero del 2010.

16.- El 28 de abril de 2010, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Arbitraje el día 7 de abril del 2010, las partes presentaron sus respectivas declaraciones sobre los costos incurridos o sufragados en el procedimiento.

17.- El 27 de mayo de 2010, de conformidad con lo dispuesto en la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Árbitro Único declaró cerrado el procedimiento. En el presente procedimiento se han observado las disposiciones convenidas por las partes y se ha dado cumplimiento a las disposiciones aplicables contenidas en el Convenio, Reglamento y Reglas del

CIADI; en consecuencia, considerando los alegatos escritos de ambas partes, el Tribunal de Arbitraje procede a dictar el Laudo Arbitral.

II. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.-

18.- El Contrato de Mejoramiento de la Carretera CA-5-Norte, Tramo Taulabe - La Barca fue suscrito por la empresa Astaldi y por el Estado de Honduras, actuando por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), el día cinco de enero del 2005 y fue aprobado por el Congreso Nacional mediante Decreto No. 4 -2005 emitido el 26 de enero del 2005 y publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Honduras, el 26 de febrero del 2005, habiendo sufrido el Contrato tres modificaciones hasta la fecha de su plena ejecución.

19.- Mediante comunicación GG07-085 con fecha 13 de abril del 2007, pero entregada el 19 de ese mismo mes y año, ASTALDI presentó ante la Dirección General de Carreteras “Reclamo por Variaciones y Eventos Compensables”, relacionados con la ejecución del Contrato, que fue resuelto con el Oficio DGC-1460-07 del 26 de junio del 2007 del Director General de Carreteras, quien le comunicó a ASTALDI que del total de los Reclamos formulados, apoyado en la opinión de la Supervisión del Proyecto, únicamente aceptaba pagar lo referente al concepto Suelo Cemento Colocado Sin Titán, cuyo monto ascendió a la suma de Seis Millones Cuatrocientos Sesenta y Ocho Mil Doscientos Treinta y Dos Lempiras con Veintinueve Centavos. Consecuentemente, procedió a rechazar los demás extremos del reclamo. Astaldi, por considerar que no fue acertada la referida decisión, decidió someter dicho diferendo a un procedimiento Conciliador, presentando su solicitud el día 2 de julio 2007. Designado Conciliador el Ingeniero Edwin Roberto Leiva en decisión conjunta de las dos partes, comunicó su decisión el día 10 de octubre del 2007, resolviendo que la Secretaría de Obras Públicas, Transporte y Vivienda no debía pagar los reclamos formulados por Astaldi.

20.- Astaldi consideró errada y contraria a Derecho la decisión del Conciliador y por ende, sometió la desavenencia al procedimiento de Arbitraje ante el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones, mediante Solicitud de Arbitraje de fecha 26 de octubre del 2007, que fuera recibida por el Centro el día 30 de octubre del 2007.

III. PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

21.- **Petitoria hecha por la Demandante en su Memorial.-** La firma actora Astaldi formuló en su Memorial sobre el fondo de la diferencia: a) ocho reclamos que identifica y cuantifica cada uno con un nombre que se vincula con la actividad propia de la ejecución del Contrato; y en segundo término b) el reclamo para el reconocimiento y pago de Intereses, correspondientes a cada uno de los ocho renglones del aparte a), según la liquidación preliminar que se hace a la fecha de la presentación del Memorial de la Demandante. Las cuantificaciones de las sumas pretendidas se muestran en dos partidas separadas; en Lempiras, moneda de curso legal de la República de Honduras y en Dólares de los Estados Unidos de América, todo según el siguiente resumen:

a).- Renglones Reclamados.-

Reclamo No. 1.- Gastos Indirectos y por Aceleración sufridos en su patrimonio relacionados con Banco de Materiales del Río Humuya y demás gastos concurrentes por la suma de Lps 12,554,928.76 y US\$ 4,375,895.59.

Reclamo No. 2.- Actividades de sub-excavación no reconocidos ni pagados por la suma de Lps. 375,030.76 y US \$ 132,829.21.

Reclamo No.3.- Reclamo por el no reconocimiento y pago del Aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30, por la suma de Lps 500,721.59 y US\$ 177,346.66.

Reclamo No. 4.- Banco de Préstamo Yure por la suma de Lps. 59,083.89 y US \$ 20,926.46.

Reclamo No. 5.- Diferencias en los precios por el aumento del costo del Diesel y Bunker por la suma de Lps. 1,537,119.96 y US\$ 544,420.50.

Reclamo No. 6.- Reparación en la carpeta asfáltica entre las Estaciones 140 y 166, para cambiar el Binder Asfalto AC-20 y colocar AC-30 por la suma de Lps 1,656.59 y US\$ 586.73.

Reclamo No. 7.- Reconocimiento del Reajuste de Precios como consecuencia de los incrementos de los Salarios Mínimos en la suma de Lps. 227,149.02 y US\$ 80,452.14.

Reclamo No. 8.- Reclamo de pago de cantidades finales excluidas y no reconocidas por la colocación de capa de Binder en Km. 140 a Km 166 en la suma de Lps. 668.274.05 y US \$ 236,690.76.

En total las sumas reclamadas ascienden a las sumas en ambas monedas de Lps. 15.923.964,63 y US \$ 5.569.148,06.

b).- Liquidación de Intereses.-

Fundamenta la Demandante el reclamo de intereses en la Sub-cláusula 43.1 del Anexo III Condiciones del Contrato, y la tasa acordada en el Anexo IV, Datos del Contrato, así como en los Artículos 124 numeral 3) en relación con el 28 párrafos primero y segundo de la Ley de Contratación del Estado. La liquidación es provisional a la fecha de interposición del Memorial de la Demandante y se calcula por separado lo que corresponde a cada moneda según la estimación del punto anterior. Solicita Astaldi que esos montos sean actualizados y reconocidos hasta la fecha de efectivo pago de las sumas que

sean concedidas en el Laudo. El detalle de la liquidación provisional de Intereses es el siguiente:

Sumas reclamadas en Lempiras

NÚMERO	NOMBRE DEL RECLAMO	MONTO DEL RECLAMO	INTERESES MORATORIOS
1	1.1 Construcción de acceso a Río Humuya	279,162.51	71,465.60
2	1.2a Sub acarreo Campo Barranco	274,178.62	54,652.94
3	1.2b Sub acarreo Subirana	76,534.24	17,551.85
4	1.3 Equipo y personal paralizado	873,697.93	207,940.11
5	1.4a Equipo y Personal Paralizado Periodo del 03-29/nov/2005	205,205.65	67,102.25
6	1.4b Equipo y Personal Paralizado Periodo del 01-16/dic/2005	182,743.37	58,721.54
7	1.4c Equipo y Personal Paralizado Periodo del 21-26/abr/2006	54,911.21	21,927.88
8	1.5 Equipo para aceleración	10,408,495.23	2,591,715.31
9	2. Sub-excavaciones pendientes de pago	375,030.76	82,006.73
10	3. Pago de aditivo Shell bond	500,721.59	87,459.37
11	4. Pago de Préstamos de Yure	59,083.89	14,121.05
12	5. Aumento de Precio del Diesel y Bunker	1,537,119.96	311,522.98
13	6. Reparación Binder colocado entre Km. 142 al KM.166	1,656.58	506.36
14	7. Compensación por Aumento de Salario año 2005	40,825.07	13,322.58
15	7. Compensación por Aumento de Salario año 2006	186,323.95	38,134.30
16	8. Exclusión de las Cantidades finales por colocación de Binder en Km. 140 a 166	668,274.05	186,893.98
Total			LPS 3,825,044.83

Sumas reclamadas en Dólares

NÚMERO	NOMBRE DEL RECLAMO	MONTO DEL RECLAMO	INTERESES MORATORIOS
1	1.2 Construcción de acceso a Río Humuya	98,874.39	8,437.28
2	1.2a Sub acarreo Campo Barranco	97,109.18	6,452.37
3	1.2b Sub acarreo Subirana	27,107.06	2,072.18
4	1.3 Equipo y personal paralizado	309,448.24	24,549.56
5	1.4a Equipo y Personal Paralizado Periodo del 03-29/nov/2005	72,680.19	7,922.14
6	1.4b Equipo y Personal Paralizado Periodo del 01-16/dic/2005	64,724.45	6,932.71
7	1.4c Equipo y Personal Paralizado Periodo del 21-26/abr/2006	19,448.57	2,588.82
8	1.5 Equipo para aceleración	3,686,503.52	305,979.79
9	2. Sub-excavaciones pendientes de pago	132,829.21	9,681.77
10	3. Pago de aditivo Shell bond	177,346.66	10,325.52
11	4. Pago de Préstamos de Yure	20,926.46	1,667.14
12	5. Aumento de Precio del Diesel y Bunker	544,420.50	36,778.63
13	6. Reparación Binder colocado entre Km. 142 al KM.166	586.73	59.78
14	7. Compensación por Aumento de Salario año 2005	14,455.76	1,572.47
15	7. Compensación por Aumento de Salario año 2006	65,996.38	4,502.42
16	8. Exclusión de las Cantidades finales por colocación de Binder en Km. 140 a 166	236,690.76	22,064.84
Total			\$451,587.42

IV.- FUNDAMENTOS FACTICOS DE LOS EXTREMOS DE LA PETITORIA

22. Al definir cada uno de los ocho puntos reclamados, la Demandante explica las consecuencias económicas – financieras, daños y perjuicios

sufridos, además de especificar las respectivas cuantificaciones. En síntesis el detalle es el siguiente:

Reclamo No. 1.- Se subdivide en cinco ítems. Los daños y perjuicios estimados bajo el **Item 1.1** corresponden a los mayores costos para la construcción, desde el 15 de mayo hasta el 30 de junio del año 2006, del canal de reorientación del cauce del Río Humuya, lo que en esencia significa un trabajo extraordinario, como consecuencia del Acuerdo entre SOPTRAVI y la Municipalidad de Santa Rita. El valor global del ítem se obtiene multiplicando las horas de utilización de las máquinas, según la lectura del horómetro de cada máquina, por el precio unitario. Los daños y perjuicios del **ítem 1.2.a)** se refieren a los mayores costos por el acarreo generado para la explotación del banco de Campo Barranco. El cálculo de sobre acarreo se basó considerando la distancia entre el banco Campo Barranco a la trituradora (igual a 5.700 metros), en función de la diferencia con la distancia libre de 600 metros considerada al momento de la elaboración de la oferta, con relación a la cantidad de metros cúbicos de material movilizadas. Los daños y perjuicios estimados bajo el **ítem 1.2.b)** se refieren a los mayores costos por el sobre acarreo para la explotación del banco de Subirana, que comportó un incremento de la distancia entre el banco de materiales y la trituradora, fijándose la diferencia en 3.400 metros de distancia con relación a lo dispuesto en el pliego de condiciones. Los daños y perjuicios del **ítem 1.3** corresponden a los costos sufridos como consecuencia del equipo y personal paralizado (ocioso) por orden judicial desde el 23 de junio hasta el 24 de agosto del año 2006. El **ítem 1.4.a)** corresponde a los costos de equipo y personal paralizado (ocioso) durante el mes de noviembre del 2005 por el cierre del acceso a la zona donde estaba ubicada la trituradora por la acción de un tercero. El **ítem 1.4.b)** corresponde a la misma causa pero por la paralización que duró hasta el día 20 de diciembre de ese año y el **ítem 1.4.c)** corresponde a un nuevo paro desde el día 21 de abril hasta el día 24 de ese mismo mes y año. Los daños y perjuicios del **ítem 1.5** corresponden al equipo adicional con relación al requerimiento del pliego de condiciones de la licitación, que la empresa tuvo

que incorporar, así como el incremento en mano de obra, para acelerar la obra y reducir los atrasos en el Proyecto, lo que se identifica como mayores costos por aceleración del trabajo.

Reclamo No. 2.- Señala la Demandante que el trabajo realizado de sub-excavación, fue ilegalmente pagado bajo el ítem de la excavación común, a pesar de que la actividad no coincide con la definición establecida en el Contrato. La cantidad involucrada es de 204.573,10 m³ que se multiplicó por el diferencial entre la sub-excavación y la excavación común.

Reclamo No. 3.- Se refiere al no reconocimiento y pago del costo del aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30. El cálculo del monto reclamado se determina por el cemento asfáltico AC-30 realmente colocado multiplicado por el porcentaje del aditivo (0,5%) respecto a la cantidad de AC-30, que acompaña el nuevo diseño de mezcla aprobado por la Supervisión del Contrato y por el Cliente, es decir, el Estado de Honduras.

Reclamo No. 4.- Es el valor del sobre acarreo por el transporte de materiales explotados del Banco de Préstamo Yure, que se obtiene evaluando la distancia del banco de préstamo a la orilla de la carretera (tres kilómetros) más la distancia hasta la estación promedio de la carretera, menos el acarreo libre dispuesto por el Cartel de la Licitación (seiscientos metros).

Reclamo No. 5.- Se refiere a la revisión de precios unitarios por el aumento en los precios de los combustibles (Diesel y Bunker). La causa es el aumento del precio de la materia prima y la incidencia de la devaluación del Lempira con relación al Dólar de los Estados Unidos de América.

Reclamo No. 6.- La empresa contratista, de conformidad con la Especificación Técnica No. 20^a.2.2 utilizó para la colocación de la capa de Binder Asfalto AC-20, que luego fue cambiado por Asfalto AC-30, más los cambios en aditivos de cal y Shell Bond. Esto requirió que se debía extraer de

la carpeta asfáltica los cuadros figurados y sustituirlos por el nuevo Binder entre los kilómetros 142 y 166, para lo cual el Contratista utilizó personal y equipo adicional desde el 12 de enero hasta el primero de febrero del 2006.

Reclamo No. 7.- Este punto se refiere a los reajustes de precios como consecuencia del incremento de salarios mínimos, lo que provocó un diferencial de valor en el salario utilizado por el Contratista al formular la oferta, respecto de los salarios efectivamente cancelados durante la ejecución de la obra.

Reclamo No. 8.- En la liquidación de cierre del Proyecto, la Dirección General de Carreteras decidió excluir la suma de Lps. 5.140.569,40 de las cantidades y montos de cierre, apoyado en la opinión de la firma Supervisora del Proyecto, por considerar que esa suma se usó para corregir defectos encontrados en la colocación de la capa de Binder, cuya reparación es responsabilidad del Contratista.

V.- SINTESIS DEL MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DEL ESTADO DE HONDURAS.-

23. En su Memorial de Contestación, la representación del Estado de Honduras, *a limine*, formula una relación de antecedentes que coinciden con los de la Demandante y con la información general que maneja el Tribunal con la documentación que consta en el expediente, iniciándola el 8 de setiembre del 2004 día del llamado a licitación, enlistando los principales eventos del trámite del contrato administrativo y que concluye con la petitoria hecha por Astaldi en su Memorial sobre el fondo de la diferencia. La Demandada ingresa luego a examinar los ocho extremos reclamados en el Memorial, lo que inicia con un párrafo que literalmente y resaltado, dice: **“EN CUANTO A LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR LA PARTE SOLICITANTE EN SU CARÁCTER DE DEMANDANTE, SE ESTABLECE POR PARTE DEL ESTADO DE HONDURAS, LA NEGACION DE LOS HECHOS DECLARADOS**

EN EL ESCRITO QUE CONTIENE EL MEMORIAL PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL ASTALDI, S.p.A EN BASE A LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS”. El resumen del Memorial de Contestación es el siguiente:

Reclamo No. 1.- Afirma que la responsabilidad por la explotación de los Bancos de Materiales recae contractualmente en el Contratista. SOPTRAVI y la Supervisión realizaron todas las gestiones a su alcance para colaborar con el trámite de los permisos. Las actividades nunca se detuvieron por falta de materiales y se autorizó la compra de materia prima para este fin. Como soporte se hace referencia a las disposiciones legales contenidas en las Especificaciones Técnicas numerales 7, 17.5, 20A y 20B inciso 2.8.

Reclamo No. 2.- En lo que atañe a las sub-excavaciones pendientes de pago, señala que no procede reconocer el extremo, porque de acuerdo con las especificaciones se tratan de excavación común. Alude a las Especificaciones Técnicas numeral 5.1, Manual de Carreteras Sección 203; Especificaciones Generales DGC 1976, numeral 3.7.5 y hace referencia al Oficio de Supervisión No. 01-FG-C01-014-06.

Reclamo No. 3.- Señala la representación del Estado de Honduras que no procede “ya que la necesidad de aplicación de aditivo resulta conveniente debido a las características, calidad y tipo de agregado producido por el contratista, por consiguiente es su obligación contractual”. Como soporte se hace referencia a las disposiciones legales contenidas en las Especificaciones Técnicas numerales 20-A y 20.B. Agrega que en la Modificación No. 1 al Contrato se incorporaron el AC-30 y la cal hidratada a la lista de productos con precios reajustables, pero el Shell Bond no se incluyó, razón por la que el Contratista está obligado a absorber los costos.

Reclamo No. 4.- Sobre el Banco de Préstamo Yure, la representación del Estado de Honduras señala que “No procede, ya que es obligación del

contratista asumir los costos y los gastos asociados a la explotación de bancos, trabajos ambientales, habilitación (sic) y mantenimiento de caminos de acceso. Como soporte se hace referencia a las Disposiciones legales contenidas en las Especificaciones Técnicas numeral 7”.

Reclamo No. 5.- El aumento en los precios del Diesel y del Bunker es rechazado por la representación del Estado de Honduras, alegando que esos productos no fueron incluidos en el listado de los productos que contractualmente están sujetos al ajuste de precios y como soporte indica la Cláusula 47 de los Datos del Contrato; los Documentos de Licitación, Addendum No. 1, numeral 4. Señala que conforme a la Sección 1, letra G, Datos de la Licitación, numeral 13.4 y de acuerdo a la cláusula 47 de las Condiciones del Contrato “El Contrato no estará sujeto por ningún motivo al ajuste de precios, en razón de que las ofertas se presentarán con una porción mayoritaria en US dólares. Los Licitantes deberán efectuar por su cuenta, las proyecciones que estimen convenientes”. Añade que el reconocimiento del incremento de costos al precio del Diesel y Bunker no están establecidos contractualmente.

Reclamo No. 6.- Sobre la reparación del Binder colocado entre los kilómetros del 142 al 166, indica que no procede, porque el Contratista es responsable por las calidad de los materiales y el producto final entregado y alude, como Disposiciones Legales, el Contrato de Construcción Cláusulas 35.1 y 36.1, las Especificaciones Técnicas numerales 20.A.5 y 20.3.10 y el Manual de Carreteras Sección 401.03(0) y el Oficio de Supervisión No. 01-FG-C01-073-06.

Reclamo No. 7.- En cuanto al reconocimiento del reajuste de precios como consecuencia del incremento en el salario mínimo, afirma que no procede, puesto que este concepto no se incluye en el listado de insumos que contractualmente están sujetos al ajuste de precios y señala el Contrato de

Construcción, Datos del Contrato, Cláusula 47 y los Documentos de Licitación, Addendum 1, numeral 4.

Reclamo No. 8.- Sobre la exclusión de las cantidades y montos finales de cierre por trabajos realizados en la colocación de capa de Binder, señala que no procede y que los fundamentos son los mismos que corresponden al reclamo de la capa intermedia de Binder y pago del aditivo Shell Bond, indicados en otros extremos.

Fundamenta la oposición a los reclamos formulados por la Demandante en el Memorial en los Artículos 15, 30, 31, 61, 63, 64, 80, 104, 228, 330, 336 y demás aplicables de la Constitución Política de Honduras; Artículos 1 y 19 Atribución Primera y demás, aplicables de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Artículos 308, 309 y 310 y demás aplicables del Código de Comercio; Artículos 1577, 1580, 1581 y demás aplicables del Código Civil; Artículos 1, 4, 7, 28, 64, 65, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 124 y demás aplicables de la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, Decreto No. 04-2004 de fecha 26 de enero de 2005, publicado en La Gaceta del 26 de febrero de 2005; Artículos 1, 25, 42, 43, 44, 46, 47, 48,49, 53, 54, 70 y demás aplicables del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; Reglas 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 47 y demás aplicables de las Reglas de Arbitraje; Especificaciones Técnicas Numerales 5.1, 7, 17.5, 20.A, 20.B; Addendum No. 1; Especificaciones Generales DGC 1976 No. 3.7.5; Artículos 1, 2, 7, 8, 11, 29 y demás aplicables de la Ley General de la Administración Pública; así como en lo aplicable y pertinente de las Leyes Administrativas y demás derecho supletorio.

Pide la representación del Estado de Honduras que se declare sin lugar los reclamos formulados por la Demandante en su Memorial y que se condene a la Demandante al pago de las costas, por litigar con notoria falta de derecho.

VI.- RÉPLICA DE ASTALDI.-

24. Mediante escrito presentado el 29 de junio del 2009, ASTALDI presentó en tiempo y forma su Réplica de conformidad con los argumentos que de seguido se resumen:

Consideraciones Previas: La negación de los hechos por parte de la Demandada no se ajustó a lo requerido por la Regla 31(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, en tanto no indicó para cada hecho si el mismo era rechazado en forma total o parcial, ni las razones por las que el mismo era rechazado, ni aportó la prueba en respaldo de su dicho. Además, la Demandada omitió referenciar los hechos adicionales que en su criterio son de trascendencia para la resolución del arbitraje.

En cuanto a los antecedentes: Se aceptan los hechos referenciados por la Demandada en su Memorial de Contestación, haciendo aclaración únicamente en dos aspectos: i) los trabajos de reparación del Binder fueron en un inicio considerados, estimados y pagados al Contratista, más al momento de hacer la revisión de cantidades y liquidación del Contrato, la Administración Contratante consideró que dichas actividades correspondieron a trabajos realizados para subsanar deterioros presentados en el Binder colocado, considerado como responsabilidad del Contratista, por lo que se procedió a deducir de las sumas de dinero y cantidades aprobadas a Astaldi para la liquidación final, las sumas y cantidades que ya se habían abonado por este concepto, por lo que la actividad no se pagó y por esa razón fueron excluidos de la liquidación final, siendo por esta razón que ahora se reclaman ante el Tribunal de Arbitraje. ii) El Contratista manifestó su deseo e intención de que la diferencia entre las partes fuera sometida a un Conciliador en fecha 12 de septiembre del 2007.

En cuanto a los hechos, la declaración de derecho y las peticiones:

En relación con el Reclamo No 1. Los hechos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30 del Memorial de la Demandante detallan una serie de comunicaciones entre Astaldi y la Demandada en las que se acepta la existencia de la problemática que Astaldi sufrió en la ejecución de Proyecto obligando al Contratista a tener equipo y demás recursos detenidos durante períodos de tiempo claramente definidos. Resulta además claro que los problemas se generaron como consecuencia del incumplimiento de obligaciones legales por parte de la Administración, entre las que destaca la falta de disponibilidad, para el Contratista, del Banco de Materiales de Préstamo para Base Granular que fue ofrecido en el Pliego de Condiciones. Es un hecho probado documentalmente que para aquellos casos en que el Contratista durante la ejecución contractual, debiera pagar una tasa a los concesionarios de los Bancos de Materiales, que fuera distinta al valor establecido en el Cartel, la Administración Contratante quedaba en la obligación de hacer el ajuste respectivo. Lo dispuesto en el Addendum No.1 a los Documentos de la Licitación, pretende facilitar una cotización en paridad de condiciones para los diferentes oferentes interesados en la presentación de oferta al proceso, sin que ello implicara que la inclusión que los oferentes debieron hacer de la tasa, en la elaboración de sus ofertas, significara que asumían la responsabilidad de adquirir los bancos de préstamos requeridos para la ejecución de la obra. Con esa disposición del pliego de condiciones y contractual, la Administración admite que el riesgo y por ende la responsabilidad, por efecto de las variaciones que durante la etapa de ejecución contractual, que afectarían los valores a pagar para la obtención de los Bancos de Materiales y préstamos, operan en su propio perjuicio y/o beneficio, y bajo este orden de ideas, admite que el suministro de tales Bancos de Materiales es de su entera responsabilidad. Es un hecho documentado que en la Sesión 05 del Pliego de Condiciones, Especificaciones Técnicas, Cláusula 7, Banco de Préstamos, la Administración estableció la obligación de todos los oferentes de detallar e identificar en la oferta los bancos para la

explotación de materiales. La inclusión de los Bancos de Materiales y Sitios de Préstamos a utilizar en la ejecución del Proyecto en la oferta de Astaldi lo fue con el ánimo único de cumplir con lo requerido cartelariamente por la Administración y no debe interpretarse como una aceptación por parte del Contratista de responsabilidades que la ley formal, ha establecido claramente, son obligaciones de la misma Administración. De conformidad con la normativa emitida por el Estado de Honduras para la regulación de los contratos administrativos, éstos en la realidad se constituyen en típicos contratos de adhesión: ni la Ley de Contratación del Estado, ni el Reglamento a la Ley de Contratación del Estado, otorgan al eventual oferente la posibilidad de plantear un recurso de objeción o impugnación a las condiciones contenidas en el Pliego de Condiciones. La Demandada obvia que Astaldi reclama justamente una indemnización de daños y perjuicios, sufridos durante la ejecución del Proyecto con fundamento en tres justificaciones diferentes: a) Por responsabilidad civil contractual, al incumplir el Estado de Honduras su obligación de adquirir y poner a disposición de Astaldi, los bancos de materiales requeridos para la ejecución de las obras y que fueron ofrecidos por el Estado durante la etapa de elaboración de las ofertas. b) Por responsabilidad civil contractual, al incumplir el Estado de Honduras su obligación de prestar al Contratista la colaboración necesaria para la ejecución idónea del objeto contractual pactado. c) Por la teoría de la imprevisión, en tanto el desajuste financiero proviene de actuaciones de un tercero, que eran totalmente imprevisas para el Contratista al elaborar su oferta. Siendo la propiedad minera, un bien demanial del Estado de Honduras, es él quien está llamado a facilitar al Contratista los bancos de materiales requeridos para la ejecución de la obra pública, como consecuencia de la aplicación de los principios de equilibrio de intereses y de buena fe. La obligación de adquirir y proveer a los Contratistas los Bancos de Materiales requeridos para la ejecución de las obras es una obligación del Estado de Honduras de conformidad con la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, los cuales prevalecen sobre lo contenido en el Cartel de Licitación o en el Contrato de referencia. La obligación de adquirir los Bancos de Materiales y ponerlos a disposición del

Contratista, es consecuencia directa del principio de legalidad presupuestaria, en virtud del cual, el propio presupuesto del ente público es su límite de acción para el uso y disposición de los recursos del Estado. Ha quedado además fehacientemente demostrado que el Estado de Honduras, en diversos momentos, asumió en forma efectiva y a su cargo la obligación de poner a disposición del Contratista el banco de préstamo de materiales del Río Humuya o Comayagua. Tal y como Astaldi referenció en los Hechos Once y Trece de su Memorial sobre el fondo de la diferencia, visto la problemática que se presentaría para la explotación del Banco de Materiales en el Río Comayagua, se le indicó oportunamente a SOPTRAVI la imposibilidad que tenía Astaldi para negociar con el Señor René Rojas Pacheco por el aprovechamiento y extracción de materiales de dicho banco, en razón de la incertidumbre en cuanto al título o derecho de explotación que indicaba tener dicho señor. La atención inoportuna del Estado de Honduras en procura de alcanzar una solución al problema real que aquejaba al Contratista e impedía el normal desarrollo de las obras, impidió que las partes lograran encontrar terceras soluciones en etapas tempranas de la ejecución contractual, lo que hubiera evitado el impacto que sufrió el Contratista producto del atraso en el desarrollo de la obra. Aun suponiendo que el Estado de Honduras no era legalmente responsable de obtener los bancos de materiales y ponerlos a disposición del Contratista, y que realizó todos los actos a los que estaba obligado según la normativa que regula el Contrato, es lo cierto que el Estado de Honduras debe responder asumiendo aquellos menoscabos o afectaciones provocadas al Contratista durante la ejecución contractual, por efecto de actuaciones de terceros que incidieron en los costos de ejecución del Proyecto y que no estaban contemplados en los costos que integran el valor de la oferta propuesta.

En relación con el Reclamo No. 2 La aseveración de la Demandada no contiene ninguna relación de hechos sino que corresponde a una interpretación restrictiva a lo dispuesto en la especificación técnica contenida en el Pliego de Bases. El Estado de Honduras debe pagarle al Contratista el precio establecido

en la Lista de Cantidades y Precios Unitarios contenida en la oferta de ésta por todos los trabajos adicionales de excavación ordenados como consecuencia de su potestad de modificación contractual, como compensación por el ejercicio de la *potestas variandi*. En caso de que se produzca una modificación del Contrato, el Contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración, lo cual se encuentra garantizado en la Legislación emitida por el Estado de Honduras y resulta aplicable al Contrato de referencia y en este caso, los trabajos de excavación no estaban inicialmente contemplados y fueron ejecutados por Astaldi ante orden expresa del Estado de Honduras, emitidas como Modificaciones al objeto contractual. Los trabajos debieron de pagarse al precio establecido bajo el Item 4 de la Lista de Cantidades y Precios Unitarios de la Oferta. Los ítems de pago por Subexcavación y Excavación común no clasificada involucran la realización de actividades distintas para el Contratista, lo que lógicamente supone costos distintos. Además deberá de ser tratado y pagado como subexcavación toda excavación que fuere ordenada al Contratista, ya sea por instrucción del ingeniero, de la supervisión o de la Administración Contratante, que involucren las actividades de excavación, remoción, acarreo y disposición final y tratamiento en el botadero autorizado, y ello es así al margen de cualquier consideración sobre si ésta se realiza por debajo de la sección transversal de la vía, porque en esencia se trata de actividades iguales que suponen costos iguales, y cuya realización no estaba originalmente contemplada en el Contrato, pero que fue ordenada al Contratista en virtud de la potestad de imperio del Estado de Honduras de modificación contractual y en aras de una mejor satisfacción del interés público.

En relación con el Reclamo No. 3. La Demandada es del criterio de que la fisuración temprana que se presentó en la capa de Binder obedeció a una serie de factores que no indica cuales son, destacando que en virtud del material utilizado por Astaldi lo acontecido es de entera responsabilidad del Contratista. Lo anterior se rechaza en virtud de los siguientes argumentos:

a) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras fue quien determinó al Contratista usar para la obra de referencia, el Cemento Asfáltico Tipo AC-20;

b) Constituye un hecho cierto que fue el Estado de Honduras el que determinó las características que debían cumplir los materiales a utilizar en la preparación de ambas mezclas; c) Constituye un hecho cierto que fue el Estado de Honduras el que determinó que las mezclas asfálticas se ensayarían conforme a metodologías y normas técnicas específicas; d) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras determinó que tanto la fuente de materiales, como los procedimientos y equipos utilizados en la explotación y en la elaboración de los agregados requeridos deberían de ser aprobados por el Ingeniero de la Administración Contratante; e) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras determinó la obligación del Contratista de suministrar al Ingeniero, de previo a la pavimentación, muestras de los agregados y del cemento asfáltico; f) Constituye un hecho cierto que el Contratista entregó las muestras anteriores y fueron aprobadas por el personal del Estado de Honduras; g) Constituye un hecho cierto que el Contratista ejecutó los trabajos de colocación de la Carpeta Asfáltica Intermedia utilizando agregados que cumplieron con las especificaciones establecidas en el Pliego de Condiciones y utilizando una mezcla aprobada por el personal de la Administración Contratante; h) Constituye un hecho cierto que el Contratista nunca fue advertido sobre incumplimientos técnicos o de especificaciones de los agregados o de la mezcla asfáltica colocada; i) Constituye un hecho cierto que después de la colocación del Binder en el tramo referenciado, se presentaron fisuras tempranas; j) Constituye un hecho cierto que ambas Partes contrataron expertos en la materia para revisar lo acontecido, a efecto de tomar las medidas correctivas correspondientes; k) Constituye un hecho cierto que los expertos recomendaron una modificación a la mezcla asfáltica; l) Constituye un hecho cierto que tales recomendaciones se hicieron basándose en ensayos realizados por dichos expertos; m) Constituye un hecho cierto que la necesidad de utilizar el aditivo Shell Bond para ambas capas fue confirmada por los expertos y por la Supervisión del Proyecto; n) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras modificó las especificaciones relacionadas con la Carpeta Asfáltica Intermedia y Carpeta Asfáltica de Rotadura, así como la utilización de Cal Hidratada para Filler de mezcla; o) Constituye un hecho cierto que el

Contratista advirtió a la Administración la necesidad de utilizar el Aditivo en ambas capas y remitió oportunamente el desglose de costos, justificando el costo adicional por la incorporación de dicho aditivo, así como solicitó el pago de la variación de precio; p) Constituye un hecho cierto que el Contratista aplicó el aditivo Shell Bond, en las cantidades establecidas, a las dos mezclas asfálticas utilizadas tanto en la capa intermedia, como en la capa final o de rodadura de la carretera. En ninguno de los documentos emitidos por los técnicos como soporte de la Modificación No.1, se acusan deficiencias en los trabajos realizados por Astaldi, menos aún incumplimientos técnicos de los agregados triturados utilizados en su elaboración (Oficio EUGT-CA-5S-090-05). Las comunicaciones realizadas entre las partes al momento del evento, así como los informes técnicos, a excepción de las resoluciones finales en donde se rechazaron los reclamos de Astaldi, afirman que las falencias detectadas en la colocación de la capa de Binder se debieron a defectos en las especificaciones, los valores y las instrucciones dadas por el Estado de Honduras, por errores en la planificación y concepción del Proyecto. Lo instruido por la Administración consistió en una modificación del Objeto contractual, imprevisible para el Contratista y de responsabilidad para el Contratante y constituye un Evento Compensable, al tenor de lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, Sección 3, denominada Condiciones del Contrato, Condición 44.1, inciso g) y Condición número 44.2.

En relación con el Reclamo No. 4. Se rechaza lo expuesto por la Demandada con fundamento en las siguientes razones de hecho y derecho: a) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras incluyó en el Cartel de Licitación, un listado con una descripción completa de los Bancos de Materiales que podían ser utilizados por los Contratistas en la ejecución del Proyecto; b) Constituye un hecho cierto que en el listado de Bancos de Materiales no se incluyó el Banco de Préstamo ubicado en San Antonio de Yure; c) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras dispuso un ítem específico para el pago del Subcarreo, para aquellos casos en que el acarreo de materiales para determinadas actividades fuere superior a una distancia libre de 600 metros

(Especificaciones Técnicas del Cartel, Sección 5); d) Constituye un hecho cierto que por modificación incluida en el Addendum No. 1 al Cartel de Licitación, se amplió el pago del Subcarreo a las actividades de Construcción de Bermas, Perfilado de Taludes, Subexcavación y Excavación de Baches (Addendum No. 1, enmienda 14); e) Constituye un hecho cierto que el Estado de Honduras modificó sustancialmente las Obras objeto de la Contratación mediante las Modificaciones No. 1, No. 2 y No. 3 del Contrato, aumentando los trabajos y actividades del Contratista y elevando considerablemente las cantidades de extracción y explotación de materiales originalmente previstas; f) Constituye un hecho cierto que durante la ejecución de la Obra, en el Sector Km. 166 al 179, se encontraron materiales de corte dentro de la sección con grandes cantidades de agua, lo que obligó al Contratista a su remoción y reposición; g) Constituye un hecho cierto que los Bancos de Terracería dispuestos en el Pliego de Condiciones, se ubicaban a una considerable distancia del sitio de los trabajos para este tramo de la vía; h) Constituye un hecho cierto que por la problemática existente en relación con la obtención de materiales de buena calidad, así como las limitaciones y agotamientos de otros Bancos en la Zona, la Supervisión del Proyecto autorizó al Contratista la extracción y explotación de materiales en el Banco Yure; i) Constituye un hecho cierto que las condiciones y características de los caminos existentes para el acceso de dicho Banco diferían notoriamente con los caminos y accesos existentes para los Bancos referenciados en el Cartel de Licitación. El Reclamo se sustenta en la Teoría de la Imprevisión y en el Artículo 74 de la Ley de Contratación del Estado, el que dispone la obligación del Estado de Honduras, de ajustar el total de incrementos o decremento de los precios del Contrato, causados por variaciones en las condiciones económicas, o por otros factores que incidan en los costos de las obras.

En relación con el Reclamo No. 5. La Administración Contratante introdujo en el Contrato -en forma ilegítima e ilegal- una importante limitación, al mecanismo para reconocer al Contratista su derecho al reajuste de precios, pretendiendo la imposición de un listado taxativo de insumos sobre cuyas variaciones serían

reconocidos los ajustes correspondientes y pretendiendo desconocer este derecho para los demás insumos contractuales que se vieron afectados durante la etapa de ejecución del Contrato, que el Contratista tuvo que enfrentar los altos incrementos de los precios de los combustibles - originados por causas económicas internacionales - lo que no fue previsible para el Contratista, además de una importante devaluación del Lempira con respecto al dólar.

En relación con el Reclamo No. 6. Este reclamo tiene íntima relación con el establecido bajo el No. 3, por lo que se aplican los hechos y consideraciones de derecho expuestos, además de los siguientes: a) Determinado el problema de fisuración que presentó el Binder colocado en el tramo de la carretera 142+000 a 166+000, se determinó la necesidad de que Astaldi procediera a realizar trabajos adicionales de corrección del Binder ya colocado; b) Dichos trabajos consistieron en la extracción de aquellos cuadros en el Binder que presentaba fisuras, lo que implicó la excavación del material, la remoción del mismo, su acarreo y su disposición final; c) En reuniones entre las partes, la Supervisión y personeros del Estado de Honduras, determinaron la necesidad de que Astaldi procediera a reparar la Capa Intermedia, mostrando su preocupación únicamente por los costos implícitos y el tema presupuestario. La instrucción que le dio la Administración a Astaldi para que procediera a la realización de las labores de corrección del Binder dañado, y que implicaron la utilización de recursos de mano de obra, equipos y materiales, consistieron en la realización de trabajos adicionales no contemplados en el Objeto contractual, resultando en labores imprevisibles para el Contratista y de responsabilidad de la Administración Contratante. (Pliego de Condiciones, Sección 3, Condición 42.2 y 44.1 inciso g).

En cuanto al reclamo No. 7. El evento que originó el desequilibrio económico, lo fue una decisión tomada por el mismo Estado de Honduras, es decir típico Hecho del Príncipe. Los incrementos introducidos por los Acuerdos No. STSS-029-06 y STSS-029-05 no fueron responsabilidad del Contratista ni tampoco

sus efectos eran superables para éste. En consecuencia es procedente la Compensación por Aumento en Salario Mínimo, por cuanto estos mayores costos deben obligatoria y legalmente ser reconocidos por la Administración, por cuanto es ella misma en el ejercicio del Poder soberano quien los ha establecido.

En cuanto al reclamo No. 8. Este reclamo tiene íntima relación con el establecido bajo los reclamos No. 3 y No. 6, por lo que aplica la misma relación de hechos y consideraciones de derecho además de los siguientes: a) Determinado el problema de fisuración que presentó el Binder colocado en el tramo de la carretera 142+000 a 166+000, se determinó la necesidad de que Astaldi procediera a realizar trabajos adicionales de corrección del Binder ya colocado; b) Dichos trabajos consistieron en la extracción de aquellos cuadros en el Binder que presentaba fisuras, para su sustitución por cuadros elaborados con nuevo Binder preparado por el Contratista, conforme a la modificación que ordenó la Administración Contratante. En el presente reclamo se cobran las cantidades de Mezcla Asfáltica utilizada para rellenar los cuadros cortados a la Capa de Binder fisurada; c) Esas cantidades de mezcla preparada y colocada en el Binder figurado fueron en un principio estimados y pagados al Contratista, más al momento de hacer la revisión de cantidades y liquidación del Contrato, la Administración Contratante consideró que dichas actividades correspondieron a trabajos subsanados para deterioros presentados en el Binder colocado, deterioro considerado como responsabilidad del Contratista, por lo que se procedió a deducir las sumas abonadas por dicho concepto. Las comunicaciones realizadas entre las partes al momento del evento, así como los informes técnicos, a excepción de las resoluciones finales en donde se rechazaron los reclamos de Astaldi, afirman que las falencias detectadas en la colocación de la capa de Binder se debieron a defectos en las especificaciones, los valores y las instrucciones dadas por el Estado de Honduras, por errores en la planificación y concepción del Proyecto; por lo que no hay responsabilidad del Contratista (Artículo 71 de la Ley de

Contratación del Estado, Pliego de Condiciones, Sección 3, Condición 42.2 y 44.1 inciso g).

VII.- DÚPLICA DEL ESTADO DE HONDURAS.-

25. Mediante documento firmado por el Procurador Judicial del Estado de Honduras, Nelson Gerardo Molina Flores, interpone en tiempo y forma la Dúplica de la Demandada en los siguientes términos:

- a) Se rechaza lo dispuesto por la Demandante en cuanto al supuesto incumplimiento de la Demandada, respecto de lo establecido en la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, sobre la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado. La Demandada negó los hechos declarados por Astaldi y fundamentó debidamente dicha negación;
- b) Se considera oportuna la declaración de la Demandante en cuanto acepta los hechos referidos por la Demandada, sin embargo se rechazan las dos pretendidas aclaraciones, pues respecto de la primera, la parte demandada al relacionar el Oficio DGC del 11 de julio del 2007 del Director General de Carreteras, prueba que siempre fue reconocido por la parte demandada a través del SOPTRAVI, que era obligación de Astaldi asegurar la debida calidad de la capa de Binder, colocado en el tramo de carretera contratado.
- c) En relación con el Reclamo No. 1 se reconoce la problemática que enfrentó el Contratista para la obtención de materiales del Banco del Río Humuya, sin embargo de conformidad con el Contrato y con las Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones se desprende que la responsabilidad por la explotación de los Bancos de Materiales recae en el Contratista. Además la Administración efectuó las actuaciones necesarias para solventar la problemática de Astaldi, para acceder a los

Bancos de Materiales y además los gastos relacionados con el Banco del Río Humuya y gastos concurrentes le fueron reconocidos y debidamente pagados por SOPTRAVI y por esta razón se desconoce y se rechaza la falta de colaboración que pretende tener por acreditada la Demandante. En cuanto a la pretendida responsabilidad civil contractual imputada al Estado de Honduras, es evidente que el Contratista aceptó la responsabilidad de adquirir los materiales del Banco de Préstamo. (En este sentido véanse los folios 149 y 150 de la oferta presentada por Astaldi, en el tema Preparación de Base y Agregados Pétreos, también debe tenerse en consideración el orden de prelación de los documentos que integran el Contrato, para efectos de su interpretación Anexo III Condiciones del Contrato. A. Disposiciones Generales. 2.3 Definiciones).

- d) En relación con el Reclamo No. 2, no procede puesto que la obra reclamada como subexcavación corresponde de acuerdo a las Especificaciones Técnicas del Contrato, a Excavación Común y como tal fue cancelada al Contratista. Lo anterior por cuanto las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos del Manual de Carreteras del SOPTRAVI son parte de los documentos que forman el Contrato y de conformidad con ellas, subexcavaciones son “excavaciones bajo el nivel de la superficie del pavimento o capa de rodadura”.
- e) En relación con el Reclamo No. 3, por el no reconocimiento del Aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC 30, la aplicación del aditivo resultó conveniente debido a las características, calidad y tipo de agregado producido por el mismo Contratista.
- f) En relación con el Reclamo No. 4 Banco de Préstamo Yure, resulta obligación del Contratista asumir los costos y gastos asociados a la explotación de Bancos, trabajos ambientales, habilitación y

mantenimiento de caminos de acceso, respecto de los cuales la Administración prestó su completa colaboración.

- g) En relación con el Reclamo No. 5 en cuanto a los aumentos del precio de Diesel y el Búnker, el Contrato no incluye dichos productos en el listado de productos que contractualmente están sujetos a ajuste de precios; de conformidad con Modelos Tipo del Banco Mundial que son uniformes en todo proyecto financiado con fondos de dicho organismo.
- h) En relación con el Reclamo No. 6, reparación del Binder colocado en los Kms 142 a 166, no procede en tanto el Contratista es responsable por la calidad de los materiales y el producto final entregado.
- i) En relación con el Reclamo No. 7, reajustes como consecuencia de variaciones en el salario mínimo, no procede en virtud de disposiciones contractuales, que se justifican en que la revisión de salarios mínimos es periódica y se realiza entre mínimos y máximos que pueden ser conocidos y previstos.
- j) En cuanto al Reclamo No. 8, en cuanto a la exclusión de las cantidades y montos finales de cierre por trabajos realizados en la colocación de capa de Binder, se rechaza con fundamento en los argumentos expuestos en cuanto al reclamo de la Capa Intermedia de Binder y el Pago del Aditivo Shell Bond.

VIII.- CONCLUSIONES DE ASTALDI.-

26. La representación de la Demandante, en su escrito de fecha 2 de febrero del 2010 formula las Conclusiones, de conformidad con lo convenido en el numeral 14(f) del Acta de la Primera Sesión del Tribunal con las partes, celebrada en Tegucigalpa el 9 de junio del 2008, de la siguiente manera:

a).- Presenta una manifestación sobre sus apreciaciones y valoraciones con relación de los hechos pertinentes del Memorial sobre el fondo de la diferencia, afirmando que ha quedado debidamente expuesto, con absoluto detalle circunstancial de tiempo, modo y lugar, cada uno de los distintos eventos sufridos por Astaldi durante la ejecución del Proyecto, lo que quedó, además, debidamente probado con la profusa prueba documental aportada al proceso, generada tanto en las distintas reuniones sostenidas por ambas partes para tratar los problemas y las soluciones posibles sobre los reclamos, como de la profusa correspondencia entre las mismas, así como de la respectiva cuantificación del impacto que el Evento provocó en la economía del Contrato, los costos en los que efectivamente incurrió el Contratista, y el daño y perjuicio sufrido en su patrimonio.

b).- Afirma que nada de lo asegurado por la Demandante ha sido objetado por la representación de la Demandada; que sus alegatos fueron debidamente soportados en prueba documental, en las estimaciones correspondientes, en la pericia de ingeniería de costos, cuyo desarrollo y conclusiones tampoco resultó refutada por la representación de la Demandada.

Por ende, estima ocioso que habiendo resultado profuso el desarrollo de los hechos, la indicación y en aporte de las pruebas respectivas, las citas de derecho correspondiente y las cuantificaciones de los daños y perjuicios sufridos, referirse a esos extremos.

c).- En cambio, sí estima necesario aprovechar esta etapa procesal para referirse al “novedoso” argumento expuesto por la representación de la Demandada en su Dúplica, según el cual, el organismo que otorgó el financiamiento para construir el Proyecto, otorgó la “No Objeción” a las Bases de la Licitación y a las Especificaciones Técnicas que dieron origen a la Licitación y al Contrato respectivo, de manera que en su opinión, ello resultó así al ajustarse dichas Bases de Licitación a la disposiciones contenidas en el Convenio de Crédito 3432-HO suscrito por la AIF del Banco Mundial y el

Estado de Honduras, convenio que por disposición de ley y de la Constitución, está por encima de la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, al tener un rango jurídico formal superior, que priva en su aplicación por sobre la ley ordinaria, y en razón de lo cual estima que también ese Pliego de Bases o Condiciones tiene el mismo rango jurídico y está por sobre la ley ordinaria.

De lo expuesto por la Representación del Estado Hondureño se extraen dos conclusiones: la primera, es que admite abiertamente que varias de las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases o Condiciones del Contrato y que fueron aplicadas por la Demandada para rechazar los legítimos reclamos de Astaldi, riñen abiertamente, por acción u omisión con la legislación ordinaria interna de la República de Honduras, específicamente, con las disposiciones contenidas en la Ley de Contratación y su Reglamento. La segunda conclusión es que, acepta que solamente en el supuesto de un valor supremo de tales disposiciones (al mismo nivel o inmediatamente por debajo de la norma constitucional) se podría dar validez jurídica a las tesis y la posición que la Demandada ha desarrollado en el presente procedimiento y que llevó durante la etapa de agotamiento de la vía administrativa a rechazar las justas reclamaciones de la Demandante.

d).- Agrega dos consideraciones fundamentales: la mayoría de las normas jurídicas que han sido desarrolladas por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, derivan de principios constitucionales, por lo que son el desarrollo inmediato de normas de rango superior por ser constitucionales, lo que implica que no pueden ser desaplicadas por el operador del derecho sin violentar el derecho mismo de la Constitución; y en segundo término, lo que la normativa interna del Estado demandado dispone, es el rango jurídico formal superior de las disposiciones contenidas en el Convenio de Préstamo, que no contiene disposición alguna relacionada con los derechos y/o deberes de los Contratistas durante la etapa de ejecución contractual y señala que el Convenio de Crédito de Desarrollo No. 3432HO, suscrito el 09 de mayo del 2001 entre la Asociación Internacional para el Desarrollo y el Gobierno de la

Republica de Honduras, aprobado mediante el Decreto Legislativo No. 64-2001, no contiene ninguna disposición, ni en su cuerpo principal, ni en sus distintos Apéndices, que restrinja los derechos otorgados por la legislación interna a los contratistas que celebren contratos con el Estado de Honduras, para el desarrollo de las Obras Financiadas con el mismo. La mayoría de las disposiciones están relacionadas con los deberes y derechos del Estado de Honduras con relación al Crédito que debe observar el Estado de Honduras durante el planeamiento y la ejecución de los proyectos que se están financiando, estipulaciones financieras, fechas de entrada en vigor, representatividad de las partes, etc.- El Apéndice 3 es el único que establece algunas reglas en relación con la adquisición de bienes y obras, y servicios de consultoría, pero básicamente limitados a los procedimientos que deben tramitarse para la contrataciones de éstos, sin que se establezca apartado alguno que restrinja, elimine o menoscaben los derechos de los contratistas o los deberes del Estado de Honduras en su relación con sus contratistas, durante la ejecución de las obras financiadas.

e).- Por lo que viene dicho es que considera un absurdo jurídico sostener que por la vía del Convenio de Financiamiento se puedan reducir o eliminar derechos de los contratistas, con sólo incluir en los Pliegos de Bases o Condiciones, estipulaciones contrarias a las normas superiores, que al no ser objetadas por Órgano Financiero reforman, automáticamente, el ordenamiento jurídico de la República de Honduras; para crear una norma que discrimina, por trato desigual, en contra de lo dispuesto en la Constitución de la República de Honduras.

IX.- CONCLUSIONES DEL ESTADO DE HONDURAS.-

27. En escrito presentado por la representación del Estado de Honduras se formularon sus Conclusiones, que en estricto sentido y al referirse a los reclamos formulados por la Demandante en su Memorial inicial, es una reiteración de los argumentos esgrimidos en su Memorial de Contestación,

donde niega lo alegado por la Demandante, y en su Dúplica. Agrega, eso sí, dos temas:

- a) Rechaza lo afirmado por la Demandante en cuanto a su supuesto incumplimiento de lo establecido en la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, relacionado con la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado. Señala que la Demandada negó los hechos declarados por Astaldi y fundamentó debidamente dicha negación.
- b) Considera oportuna la declaración de la Demandante en cuanto acepta los hechos referidos por la Demandada, sin embargo se rechazan las dos pretendidas aclaraciones, pues la parte demandada al relacionar el Oficio DGC del 11 de julio del 2007 del Director General de Carreteras, prueba que siempre fue un hecho reconocido, a través del SOPTRAVI, que era obligación de Astaldi asegurar la debida calidad de la capa de Binder, colocado en el tramo de carretera contratado.

X.- REGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DE HONDURAS.-

28.- Este proceso se radica en la revisión de los actos, actuaciones y posibles omisiones que la Demandante le imputa al Estado de Honduras, por los presuntos daños y perjuicios causados, derivados o con ocasión de la ejecución del contrato administrativo celebrado entre las partes para el Mejoramiento de la Carretera CA-5 Norte, Tramo “Taulabe-La Barca” y por los daños y perjuicios extracontractuales o de otra naturaleza imputables a la Demandada, de manera que el ámbito jurídico principal en el que se insertan los desacuerdos de las partes, es el régimen legal hondureño que se forma de la convergencia de la Ley de Contratación del Estado y su reglamento y la Ley General de la Administración Pública, específicamente en lo que atañe a definir el marco de la responsabilidad de la administración, con relación a las consecuencias que se producen dentro del contrato administrativo que se celebró, también, con aplicación de las reglas del Contrato de Préstamo que se

formalizó con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Consecuentemente, y para resolver el presente asunto, se impone ubicar la materia objeto del procedimiento en dos ámbitos: en el ordenamiento jurídico de la República de Honduras y en los aspectos en los que se requiera la integración, la interpretación o la delimitación de las normas en el campo de aplicación del ordenamiento escrito en la doctrina del Derecho público, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Obviamente, es imprescindible indicar que por ordenamiento jurídico el Tribunal entiende, como lo informa la principal doctrina del Derecho público, que están incluidas las normas no escritas como la costumbre, los principios generales del Derecho y en especial los principios, normas y valores del Derecho administrativo, de la contratación administrativa y la jurisprudencia, que tienen el rango jurídico de la norma escrita que interpretan, integran o delimitan, o en su defecto, y frente a la omisión, el rango de ley.

29. En el prólogo a la edición del 2009 de la Constitución de la República de Honduras, se incluye una breve y precisa reseña de la Historia Constitucional Hondureña, en la que se afirma que los principios fundamentales del Derecho Público Hondureño son: el democrático, la separación de poderes o autonomía de funciones, el de la supremacía de la norma constitucional, el de legalidad y el principio de control. Como desarrollo de estos principios, la Constitución dispone en el Artículo 205 que corresponde al Congreso Nacional crear, decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes, atribuciones que son indelegables según lo precepta el Artículo 206 *ejusdem*. El “*Contrato de Mejoramiento de la Carretera CA-5-Norte, Tramo Taulabe-La Barca*”, suscrito por ASTALDI, S.p.A y el Estado de Honduras, por medio de la Secretaría de Estado en los Despachos de Obras Públicas, Transporte y Vivienda (SOPTRAVI), de conformidad con las disposiciones del Artículo 205, inciso 19) de la Constitución de la República, fue aprobado por el Congreso Nacional mediante Decreto No. 04-2005, en razón de que el Contrato concede exoneraciones de impuestos, y se perfeccionó siguiendo las disposiciones que exige el Artículo 360 de la Constitución de la República de Honduras, mediante

los procedimientos de precalificación de empresas y de licitación pública internacional como consta en el expediente. 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 Organo Legislativo del Estado Hondureño. La comunicabilidad de los efectos de aprobación legislativa, a partir de la norma constitucional indicada, significa que el Contrato se rige por la Ley de Contratación del Estado, que en su Artículo 1, párrafo tercero, expresamente señala que en caso de que el contrato que celebra el Estado de Honduras, se realice con recursos económicos que provengan de un convenio de financiamiento externo en el que se establezca regulaciones diferentes, prevalecen éstas últimas y en todos los demás aspectos que no exista contradicción, la contratación se rige por la ley hondureña. Esta disposición de la Ley de Contratación del Estado impone la necesidad de examinar las Normas de Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF, en el texto de la Quinta Edición de 1995, revisada y ampliada en enero y agosto de 1996, septiembre de 1997 y enero de 1999. Primera impresión en español en junio de 1995 y Quinta impresión en español de enero de 1999. De esta normativa se resaltan las siguientes disposiciones:

“1.1 Estas Normas tienen por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o la Asociación Internacional de Fomento (AIF) acerca de los procedimientos que deben seguirse para la adquisición de los bienes y la contratación de las obras (incluidos los servicios conexos) necesarios para el proyecto. Las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rigen por el Convenio de Préstamo, y la aplicabilidad de estas Normas para la adquisición de bienes y la contratación de obras se estipula en dicho convenio. Los derechos y las obligaciones del Prestatario y de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el

proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, y no por las presentes Normas ni por los convenios de préstamo. Ninguna entidad distinta de las que suscriben el Convenio de Préstamo podrá obtener derecho alguno del mismo ni reclamar título alguno sobre el importe del préstamo.”

Obsérvense dos conceptos esenciales de esta norma 1.1: las normas del BIRF básicamente regulan los procedimientos de contratación y en razón de ello, claramente, se fijan las reglas de la responsabilidad para indicar que los derechos y obligaciones del Estado de Honduras y de los contratistas se rigen por los documentos de la licitación y por el contrato y no por las normas ni por los convenios de préstamo, entendiendo el Tribunal que esta regla prevalece salvo norma expresa en contrario.

“1.2 La responsabilidad en cuanto a la ejecución del proyecto, y por tanto a la adjudicación y administración de los contratos en virtud del mismo, es del Prestatario”.

Sin ninguna duda, las normas del BIRF han hecho la separación entre el crédito y la administración de los recursos por el Estado prestatario, por lo que se debe entender que la responsabilidad por los reclamos que puedan presentar los contratistas, debe radicarse en sede del Estado Hondureño y regularse con la ley nacional.

“1.11 El Banco examina los procedimientos, documentos, evaluaciones de ofertas, recomendaciones y adjudicaciones de contratos del Prestatario en relación con las adquisiciones, con el objeto de asegurar que el proceso de adquisición se lleve a cabo de conformidad con los procedimientos convenidos. Estos procedimientos de examen se describen en el Apéndice 1. El Convenio de Préstamo especificará la medida en que estos procedimientos de examen han de aplicarse con respecto a las diferentes categorías de bienes y obras que han de financiarse, total o parcialmente, con el préstamo del Banco”.

El sentido de la norma es nítido, al explicar cuáles son las funciones que asume el BIRF frente a los casos concretos, como son las de fiscalización y control de la observancia de las disposiciones del préstamo, de conformidad con lo que viene dicho en las dos normas anteriores.

“Ajustes de precios.- 2.24 En los documentos de licitación se deberá especificar ya sea que i) los precios de las ofertas serán fijos, o ii) que se harán ajustes de precio (aumento o disminución) en caso de ocurrir cambios en los principales componentes de los costos del contrato, tales como mano de obra, equipos, materiales y combustible. Por lo común, en los contratos simples en los cuales el suministro de los bienes o la terminación de obras se completarán en un período de 18 meses, no se necesitan disposiciones sobre ajustes de precios, pero se las deberá incluir en los contratos que tomen más de 18 meses. Sin embargo, para algunas clases de equipo independientemente de su plazo de entrega, es práctica comercial ordinaria obtener precios firmes y, en tal caso, no se necesitan estipulaciones sobre ajustes de precios”.

La norma el BIRF se limita a señalar que el tema de los ajustes de precios es materia que se debe resolver en el cartel de la Licitación y comenta algunos aspectos vinculados, como el aspecto temporal y de equipo especial, pero sin imponer una conducta determinada que deba seguir el Estado de Honduras.

“2.25 Los precios pueden ajustarse aplicando una o varias fórmulas prescritas que desglosen el precio total del contrato en componentes que se ajusten mediante índices de precios especificados para cada componente o, alternativamente, sobre la base de prueba documental (con inclusión de facturas) proporcionadas por el proveedor o contratista. La utilización de una fórmula de ajuste de precios es preferible al empleo de la prueba documental. En los documentos de licitación se deberá definir claramente el método que se ha de utilizar, la fórmula (si fuere aplicable) y la fecha de base para su aplicación. Si la moneda de pago es distinta de la del país de origen del insumo y de la del índice correspondiente, se aplicará a la fórmula un factor de corrección, a fin de evitar un ajuste incorrecto”.

Al igual que la norma anterior, esta disposición deja la decisión de la forma como se debe regular el procedimiento de ajuste de los precios, en manos del Prestatario, para elegir los sistemas que considere los más convenientes para la tramitación de las solicitudes de revisión.

“Leyes aplicables y arreglo de diferencias.- 2.42 En las condiciones del contrato deberán incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para el arreglo de diferencias. El arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias. Por lo tanto, se recomienda a los Prestatarios que estipulen esta modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras. No deberá nombrarse al Banco como árbitro ni pedírsele que designe uno. En el caso de los contratos de obras, de suministro de bienes e instalaciones, así como en el de contratos llave en mano, las disposiciones relativas al arreglo de diferencias comprenderán también mecanismos tales como juntas de examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias”.

Las normas del BIRF, de nuevo, resuelven con claridad los temas que son propios de las relaciones entre el Estado prestamista y los contratistas, señalando el deber de incluir en el contrato, de manera expresa, cuáles son las leyes aplicables y cuál el foro competente para conocer del arreglo de las diferencias entre las partes. Para el presente asunto las partes indicaron en el Anexo IV del Contrato -“Datos del Contrato”- en el párrafo 3.1: “El idioma del Contrato es el español y las Leyes aplicables son las que rigen en la República de Honduras, en todo aquello que no contravenga lo estipulado en el Convenio de Crédito 3432-HO suscrito con la AIF del Banco Mundial”.

“2.49 Los precios de oferta que se lean en la apertura de las ofertas deberán ajustarse para corregir cualesquiera errores aritméticos. Además, a los fines de la evaluación, deberán hacerse ajustes respecto a cualquier desviación o reserva no importante. No deberán tomarse en cuenta en la evaluación las disposiciones sobre ajuste de precios aplicables al período de ejecución del contrato”.

En el párrafo 47 de los “Datos del Contrato”, se dispuso que “Se aplicará el Ajuste de Precios, incrementos o disminuciones, únicamente a los siguientes productos a utilizar...” y se indican el cemento asfáltico, tres tipos de asfalto y el cemento gris tipo Piedra Azul para estabilización de base. Se agrega luego que “No aplica ningún otro ajuste de precios en otros conceptos o materiales del Contrato”. A juicio de este Tribunal, éstas son las normas del BIRF y sus relacionadas en el Contrato, de importancia para decidir este asunto, lo que significa que no existen en las disposiciones del BIRF normas expresas que resuelvan sobre la materia objeto del procedimiento y no existiendo contradicción alguna, la contratación se regula por la legislación de la República de Honduras, como lo dispone el Artículo 1 de la Ley de Contratación del Estado, en desarrollo del principio de legalidad contractual contenido en el Artículo 360 de la Constitución de la República de Honduras.

30. Corresponde, en consecuencia, definir las normas de interés para resolver el procedimiento, que la legislación hondureña ha promulgado. En primer término, de la Ley de Contratación del Estado (en adelante LCE) Decreto 94-2001 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29.583 del 17 de septiembre del 2001, que constituye el marco jurídico en el que se deben encuadrar todos los contratos de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada; su régimen jurídico es el Derecho Administrativo, como lo disponen los Artículos 3 y 4. El Artículo 22 LCE indica que los contratos que celebre la Administración se someten a la legislación nacional, y el Artículo 28 *ejusdem*, desarrolla un principio general al expresar que los precios ciertos y determinados que se pagan al contratista, deben serlo de acuerdo con la ejecución real de las prestaciones a su cargo, lo que tiene relevancia en relación con el inciso 9) del Artículo 31 LCE, que obliga a la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones a “Estudiar y preparar fórmulas para el reconocimiento de escalamiento de precios y mayores costos en la contratación administrativa, según dispone la presente Ley, y someterlos al Poder Ejecutivo para su aprobación...”. Evidentemente, el legislador de la

República de Honduras ha reparado en el hecho incuestionable, que en la contratación administrativa el Estado debe anticipar las variaciones de los precios que se puedan ver alterados por diversas causas y que es su deber, también, mantener el equilibrio económico y financiero del contrato. El Artículo 40 se titula “**No discriminación en el Pliego de Condiciones**” y expresa que el cartel debe favorecer la libre competencia y la igualdad de participación de los potenciales oferentes, sin que sea válido poner restricciones, ni exigir requisitos que no fueren técnicamente indispensables, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes, norma que es de especial relevancia para el caso, puesto que en los Artículos 42 y 43 siguientes, se explica que cuando existan razones técnicas especiales o que justifiquen la participación de empresas extranjeras, como en los casos de los proyectos financiados con recursos del BIRF o de la AIF, deba contratarse por la vía de la licitación pública internacional; y según sea el caso, se debe tramitar con un proceso previo de precalificación de empresas. El párrafo tercero del Artículo 47 hace presumir que la sola presentación de la oferta, implica la aceptación incondicional de las cláusulas del Pliego de Condiciones, lo que es también un principio general del Derecho Público, pero que soporta prueba en contrario, como luego se verá, sobre todo en lo que atañe al párrafo segundo del Artículo 64 LCE. El Artículo 69 señala las obligaciones de la Administración, para indicar que ésta debe ser responsable en adquirir los inmuebles necesarios para la ejecución de las obras, incluyendo derechos de vía, servidumbres, bancos de materiales, permisos y cualquier otra facilidad que se especifique en el contrato, así como también cuanto sea requerido para la evaluación del impacto ambiental; agrega la norma, que el contratista no será responsable por demoras imputables a estas causas y si es perjudicado por incumplimiento de la Administración, tendrá derecho a ser resarcido. El Tribunal de Arbitraje destaca el contenido del Artículo 71 LCE, en tanto en cuanto, señala que las obras se ejecutan con apego al contrato y sus anexos, incluyendo las eventuales modificaciones, y a las instrucciones escritas del Supervisor designado por la Administración. La misma norma deslinda los ámbitos de responsabilidad: eventos que ocurran por causas imputables al

contratista, aún frente a terceros, de los eventos que no lo son, el caso fortuito o la fuerza mayor; y advierte que como regla general, el precio se paga de acuerdo con la cantidad de obra ejecutada (id. Art.73 LCE). En los Artículos 74, 75 y 76 se desarrolla la institución de la revisión de precios por factores que inciden en los costos de las obras. De las disposiciones del Artículo 119 LCE importa el inciso 2), con relación a los Artículos 121, 122 y 123 *ejusdem*, sobre la facultad de la Administración para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las compensaciones que le correspondan al contratista, dentro de los límites de la Ley. Correlativamente, del Artículo 124, que establece cuáles son los derechos de los contratistas, los incisos 1), 2) y 5), tienen que ver con la materia de este proceso.

31. En el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado, Acuerdo Ejecutivo No. 055-2002, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 29.793, la normativa es desarrollo de las disposiciones de la Ley como corresponde, según lo que se establece en el inciso 11) del Artículo 245 de la Constitución. Las normas de la Ley citadas en el punto inmediato anterior, tienen sus correlativas en el Reglamento y se destacan los Artículos 194, 195, 196, 197, 198 y 199, así como el Capítulo de las Modificaciones del Contrato a partir del Artículo 202.

32. Para completar el análisis del régimen jurídico de la República de Honduras, el Tribunal tiene presentes las disposiciones de los Artículos 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública, Decreto Número 146-86 publicado en La Gaceta No. 25.088 del 29 de noviembre de 1986, en lo que respecta a la jerarquía normativa para examinar los actos administrativos, a partir de la supremacía de la norma constitucional y para señalar que la Administración no puede reconocer, declarar o limitar derechos si no tiene atribuida expresamente esa potestad, como tampoco puede ejecutar actos que restrinjan o tergiversen los derechos y las garantías constitucionales. Y en la Ley de Procedimiento Administrativo, Decreto Número 152-87, publicado en La Gaceta No. 25.391 del día 1 de diciembre de 1987, en la Sección Sexta del

Capítulo II, Artículo 40, dispone que la Administración no puede alterar el espíritu de la ley, variando el sentido y alcance esencial de ésta.

XI.- ARBITRAJE DE DERECHO O DE EQUIDAD.-

33. Como se indica en el párrafo No. 4 de este Laudo, el Árbitro Único se comprometió, de conformidad con la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, a juzgar con equidad, de acuerdo con la ley aplicable. Según las acepciones jurídicas generalmente aceptadas, en el arbitraje de derecho o arbitraje de árbitros *iuris*, el Tribunal al dictar el Laudo debe fundamentarlo aplicando el Derecho vigente, de la misma manera que lo hacen los tribunales de justicia ordinarios. Por el contrario, en el arbitraje de equidad también conocido como arbitraje de conciencia –*ex aequo et bono*– el Tribunal lauda aplicando los principios de equidad, sin sujeción a las normas jurídicas vigentes y obedeciendo a la prudencia, la equidad, la honradez, es decir, como manda el sentido común. Bajo lo expuesto y para el análisis que interesa, el Tribunal tiene en consideración las siguientes disposiciones relacionadas con la controversia sometida a consideración de este Tribunal:

a).- Lo pactado entre las Partes: Las partes del procedimiento convinieron, libremente, someter sus diferencias a la vía arbitral. El Contrato firmado por ellas establece en el Anexo III “Condiciones del Contrato”, la sub-cláusula 3.1, en la que se expresa que “...*El idioma de contrato y la ley que lo regirá se especifican en los Datos del Contrato...*” Luego, en la sub-Cláusula 25.3, se dispone que “...*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...*” En el Anexo IV “Datos del Contrato”, se estipula que: “...*El idioma del contrato es el español, y las leyes aplicables son las que rigen en la República de Honduras, en todo aquello que no contravenga lo estipulado en el Convenio de Crédito 3432-HO suscrito por la AIF del Banco Mundial (...)* La institución cuyos procedimientos de arbitraje se utilizarán es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, con sede en

*Washington DC. USA...". En el Acta No. 1-2007 denominada Estipulaciones convenidas sobre las reglas de procedimiento y número de miembros del Tribunal de Arbitraje suscrito por las Partes el 25 de Octubre del 2007, de mutuo acuerdo se estipuló que: "...EN CONSECUENCIA ACORDAMOS LO SIGUIENTE: 1.- PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE (...) el procedimiento de arbitraje se efectuará conforme las Reglas de Arbitraje del referido Centro vigentes el 5 de enero de 2005 (...) **Cualquier cuestión de procedimiento no prevista** en las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con sede en Washington D.C., o en las demás Reglas abajo descritas, será resuelta por el Tribunal de Arbitraje...". Considerando lo pactado entre las partes se puede concluir que:*

- las partes no acordaron de manera indicativa cuáles debían ser las normas de derecho en que debe fundamentarse el Tribunal para resolver la diferencia; sin embargo, sí establecieron en forma expresa las normas de derecho aplicables al Contrato que se estaba suscribiendo y que lo regirían a futuro; si las partes acuerdan que cualquier diferencia que surja pueda ser sometida a arbitraje, debe necesariamente aceptarse que dicha diferencia sea resuelta conforme a dicha normativa, pues de otro modo no tiene sentido la referencia a las normas de derecho aplicables al Contrato;
- debe además tenerse en consideración que para el nombramiento del Árbitro Único como Tribunal, las partes sí consideraron como aspecto relevante la experiencia del Árbitro Único en la emisión de resoluciones como Juez de un Tribunal Constitucional, Supremo por la especialización de la materia, actividad que está relacionada con la resolución de conflictos mediante la aplicación de la normativa jurídica y principios generales del derecho;
- las partes dejaron expresamente establecido que el procedimiento de arbitraje se realizaría conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI;

- las partes sólo facultaron al Tribunal de Arbitraje para resolver cuestiones de procedimiento, en el tanto no estuvieren previstas en las Reglas de Arbitraje del CIADI o fijadas por ellas. No existe una autorización específica para resolver cuáles normas debe aplicar el Tribunal para resolver la diferencia planteada en el arbitraje.

b).- Lo regulado en la normativa del CIADI.- Establece el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en lo que interesa para este caso, las siguientes disposiciones: “...Artículo 14 (1) ... La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros...”; “...Artículo 25 (1) ...La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica...”; “...Artículo 42 (1) 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 pudieran ser aplicables... (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono...” Establece el Informe de los Directores Ejecutivos a este respecto: “...V.- Jurisdicción del Centro... 26... la diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal...”; “...40 Conforme al Convenio, el Tribunal de Arbitraje debe aplicar las leyes que las partes acuerden. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará las leyes del Estado que sea parte en la diferencia (a menos que estas leyes exijan la aplicación de otras leyes), así como normas de derecho internacional que resulten aplicables. El término derecho internacional cuando se usa en este contexto, se entenderá en el sentido que le atribuye el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia...” En la cita al pie de página se transcribe el citado numeral, rescatándose que deben aplicarse, entre otros, los principios generales de derecho reconocidos por las nacionales civilizadas, y

las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Por último, en la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI se establece *“En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: ... Juzgaré con equidad, de acuerdo con la ley aplicable...”*. Considerando la normativa del CIADI, este Tribunal concluye que:

- el Tribunal está obligado a aplicar las leyes que las partes han acordado;
- ante la falta de acuerdo entre las partes sobre las leyes que se deben aplicar, la normativa establece que lo serán las leyes del Estado que sea parte en la diferencia, salvo que el convenio de financiamiento disponga, expresamente, lo contrario. Debe notarse que sobre este aspecto, la norma no le otorga discrecionalidad al Tribunal para decidir cuál normativa debe aplicar;
- el Tribunal podrá decidir la diferencia en equidad, pero solamente en aquellos casos en que las partes así lo hayan acordado. Entiende el Tribunal que este acuerdo debe ser previo y expreso, y que no ha habido tal acuerdo en el presente caso;
- la manifestación del Árbitro Único en la declaración de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, indicando su compromiso de juzgar con equidad, de acuerdo con la ley aplicable, la entiende el Tribunal como la exigencia de principio procesal, posiblemente derivada del Código Civil Español que disponía que *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*.

De todo lo expuesto hasta ahora considérese, además, que desde el inicio del procedimiento y durante toda su tramitación, ambas partes han circunscrito sus

argumentos desarrollando argumentos de Derecho y citando normas de rango legal y reglamentario del Estado de Honduras, tanto en el Memorial de la Demandante como en el Memorial de Contestación de la Demandada, así como en la Réplica y en la Dúplica y en sus escritos de Conclusiones, lo que han hecho en observancia estricta a lo establecido en la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la que obliga a las partes a exponer una declaración del Derecho aplicable a la diferencia y de conformidad, también, con lo acordado por ambas partes el día 9 de junio del 2008, fecha en que se celebró la primera sesión del Tribunal en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, registrándose en el acta respectiva todas las normas de procedimiento convenidas, sobre todo en lo que respecta a la decisión de las partes de litigar, únicamente, por escrito y reducir al mínimo, las sesiones del Tribunal, por lo que es claro y deducible, fácilmente, el sentido del interés de ambas partes en que la diferencia sea resuelta aplicando el Derecho de la República de Honduras, y en su caso, el derecho internacional, la doctrina y los principios generales del Derecho cuando así sea necesario, conclusión que coincide con la reglamentación del CIADI, los argumentos de las partes y la normativa a aplicar al Contrato según acuerdo de las partes. En consecuencia, el Tribunal resuelve este proceso aplicando la Ley de la República de Honduras con fundamento en lo que dispone el Artículo 360 de la Constitución de la República; el Artículo 3 de la Ley de Contratación del Estado; los Artículos 14, 15 y 16 de su Reglamento; los Artículos 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública; el Artículo 40 inciso a) de la Ley de Procedimiento Administrativo; las Normas de Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF y del Contrato de Crédito No. 3432-HO de la AIF suscrito con el Gobierno de Honduras y de las Regulaciones del Convenio, del Reglamento y Reglas del CIADI, en lo que sean aplicables y con fundamento, también, con las demás normas jurídicas escritas que sean conexas y con el Derecho supletorio vigente, así como con la aplicación de los principios generales del Derecho y la jurisprudencia que sirvan para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito.

XII.- PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN, ORIGEN DEL CONTRATO.-

34. El Cartel o Pliego de Condiciones de la Licitación, contiene variadas disposiciones sobre el tema del régimen de legalidad, de las que el Tribunal resalta algunas de interés, en el siguiente orden:

“Llamado a Licitación” punto No. 5, indica que esa contratación se tramita de conformidad con el procedimiento de licitación pública internacional, según las Normas de Adquisiciones con Préstamos del BIRF y Créditos de la AIF, lo que significa que prevalece lo que dispone el Artículo 1, párrafo tres, de la Ley de Contratación del Estado.

“Instrucciones a los Licitantes” la Cláusula 2.1 define, con toda claridad, que los fondos del préstamo del Banco Mundial sufragan parcialmente el costo del Proyecto; la Cláusula 13.4 señala que los precios cotizados estarán sujetos a ajuste cuando así lo dispongan los Datos de la Licitación, los Datos del Contrato y la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato.

“Datos de la Licitación” la Cláusula 13.4 expresa que el Contrato no estará sujeto, por ningún motivo, al ajuste de precios de acuerdo con la Cláusula 47 de las Condiciones del Contrato, en razón de que las ofertas se presentan con una porción mayoritaria en US Dólares.

“Condiciones del Contrato” en la Cláusula 2.3 se enlistan los documentos que forman el Contrato y se define el orden de prelación para interpretarlo, criterio que es restrictivo al ámbito de la ejecución del convenio, pero que no puede, a priori, eliminar otros criterios de interpretación cuando se trata de indagar sobre el sentido de la Ley formal y de los derechos fundamentales. La Cláusula 38 regula el tema de las modificaciones de las cantidades y las Cláusulas 39 y 40 el Pago de las Variaciones. La Cláusula 44 desarrolla los llamados “eventos compensables”, que es una lista de las conductas del Estado que, en el caso

que causen costos adicionales o impidan que los trabajos se terminen en la fecha prevista, aumentará el precio del Contratista o prolongará la fecha de entrega, reconocimientos que se hacen depender del aviso oportuno del Contratista o de su colaboración para con el Gerente de Obras. La Cláusula 45 reconoce el ajuste de precio del Contrato para el caso que los impuestos, derechos y otros gravámenes varíen en el período comprendido entre la fecha que sea 28 días anterior a la presentación de las ofertas y la fecha del último certificado de terminación. El ajuste se realiza siempre que esos cambios no estuvieren reflejados en los precios del Contrato, o sean resultado de la aplicación de la Cláusula 47, que es la que se refiere a los ajustes de precios, para señalar que sólo se ajustarán para tener en cuenta las fluctuaciones del costo de los insumos, si así se especifica en los Datos del Contrato.

“Datos del Contrato” en la Sección 47 indica que el Contrato no está sujeto por ningún motivo a ajuste de precios, porque es suscrito y expresado con una porción mayoritaria en US Dólares, siendo responsabilidad del Contratista efectuar las proyecciones que estime convenientes.

“Addendum No. 1”. La Dirección General de Carreteras del SOPTRAVI incluye en este documento una serie de aclaraciones y enmiendas a los Documentos de Licitación, incluyendo el punto No. 5 en el que se indica que para el reconocimiento de “Ajustes de Precios e Imprevistos” se crea el Item 71, aplicable a las ofertas de todos los licitantes, modificándose la Lista de Cantidades y Precios Unitarios y se expresa que “Se considera que cualquier eventual incremento en otros insumos del Contrato, se encuentra cubierto por el beneficio cambiario que genera la entrega de divisas en una porción mayoritaria del Contrato, a cuyo efecto el licitante hará las proyecciones y ajustes que estime necesarias.”

El Punto No. 15 expresa textualmente: “Para ilustración de los licitantes y su eventual uso, se acompaña en forma anexa una completa descripción de los **Bancos de Materiales y Préstamos** con sus respectivos resultados de

laboratorio, de acuerdo al estudio técnico elaborado para este Proyecto. El Contratista será responsable de la obtención de los Bancos de Materiales y deberá realizar las diligencias ante las Municipalidades y los dueños de los predios donde se ubiquen tales bancos. SOPTRAVI colaborará con el Contratista y mediará ante los propietarios y Municipalidades, a través de su Departamento de Derecho de Vía y su Unidad de Gestión Ambiental (UGA), en el trámite de autorización de permisos de explotación, debiendo el Contratista cumplir todas las regulaciones ambientales pertinentes que se estipulan en los documentos de la licitación. A estos propósitos se establece una **tasa fija de cinco lempiras exactos** por cada metro cúbico colocado en su posición final (Lps 5.00/m³) que todos los licitantes por igual deberán incluir en sus respectivas fichas de costos de todos los ítems de obra incluidos en su oferta, que involucren el uso de agregados pétreos u otros materiales o suelos obtenidos de un determinado banco. Si la tasa de pago en que incurriere el Contratista fuere distinta a la aquí establecida, se realizarán los ajustes, en más o en menos, en los correspondientes pagos que se efectúen durante el desarrollo de la obra. A estos propósitos, los volúmenes involucrados en este reconocimiento, serán medidos por el Supervisor en su posición final debidamente colocados y compactados, sin incluir desperdicios de ninguna naturaleza.” En Anexo A1-1 se incluye toda la información sobre los Bancos de Materiales y Préstamos.

XIII.- DOCTRINA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOBRE LOS CONTRATOS.

35. El contrato administrativo se rige por las normas y principios del derecho público, lo que expresamente declara el Artículo 3 de la Ley de Contratación del Estado y surte efectos, en especial, entre las partes que lo celebran, a las que obliga esencialmente. La Administración tiene frente al cocontratante algunas prerrogativas, que son cláusulas exorbitantes, como por ejemplo los poderes de control y dirección del contrato; el poder de modificar unilateralmente el contrato, que en estricto sentido jurídico no es un derecho

sino una potestad de la Administración; correlativamente, el contratista tiene derechos frente a la Administración y entre ellos, el de obtener el beneficio convenido entre las partes y que se materializa en el acto de adjudicación del contrato. Cuando este beneficio sufra un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o bien, a que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Esto es lo que se llama derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera (Así en Marienhoff, Miguel S., en su "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970. pág.469. En sentido concordante, citados por el Autor: Pequignot, "Des Contrats Administratifs", extrait du juris-classeur administratif, fascículo 511, página 10, No. 233, y página 11, No. 235; Laubadere, "Traité élémentaire de droit administratif", Tomo I, No. 569, páginas 306-307; Vedel, "Droit administratif", páginas 656-657). Por principio, en el contrato administrativo las partes están en un plano de desigualdad, puesto que se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al cocontratante, como lo sostiene José Roberto Dromi en el Tomo I, página 247 de su obra "Manual de derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1987, agregando que "El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en el contrato, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el cocontratante." Esta desigualdad jurídica, señala el Autor, se traduce en la competencia que tiene la Administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, entre otras potestades. Lo que ocurre, en estricto sentido jurídico, es que en el ejercicio de las competencias públicas, tratándose del contrato administrativo, operan las llamadas cláusulas exorbitantes que son derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que priva en la contratación civil y tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles y comerciales, dirá Dromi en la obra citada. Estas cláusulas pueden ser virtuales o implícitas y expresas o

concretas y de ellas derivan ciertas consecuencias que son inusuales dentro de la contratación civil, pero que son esenciales en la administrativa, como luego se verá. Retomando el tema del mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato, a manera de conclusión, Dromi expresa que las alteraciones pueden ocurrir por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella, pero que hacen surgir el derecho del cocontratante a ser restablecido en el nivel económico original y el fundamento jurídico de este derecho está en el principio de la justicia conmutativa, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido. La principal doctrina del Derecho público reconoce tres circunstancias que pueden alterar el equilibrio económico financiero del contrato, produciendo menoscabo en los intereses del cocontratante. Marienhoff, en la obra citada, páginas 473 y 474 señala: “a) Causas imputables a la Administración, en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo “modificaciones” al contrato, sean éstas abusivas o no. b) Por causas imputables al “Estado”, inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo. c) Por trastornos en la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja. En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto común de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado “hecho del príncipe” (fait du prince); en el tercer supuesto surge la llamada “teoría de la imprevisión”.

36.- En el Derecho público de España es clásica la obra del tratadista Fernando Garrido Falla, quien expresa: “El Derecho Administrativo agrupa sus instituciones en torno a dos ideas, a la par antagónicas y complementarias: prerrogativa administrativa y garantía del particular. La primera coloca a la

Administración en una situación de privilegio, pues implica el reconocimiento jurídico, a su favor, de una serie de medios que exorbitan el Derecho Privado y que no poseen los particulares: es el sistema de las potestades administrativas. Pero, frente a la prerrogativa, el Derecho Administrativo consagra un contrapuesto sistema de garantías para el particular. Gracias a éstas, el privilegio administrativo deja de ser arbitrio para convertirse en pieza lógica de un ordenamiento jurídico. (Así en “Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I (Parte General). Prólogo a la Primera Edición, Madrid, CEC.1985, página 12). Y es a partir de estas ideas que se construye toda la doctrina de la responsabilidad contractual del Estado, oponiendo a las condiciones de superioridad de la Administración los principios que tienen como objeto mantener las contraprestaciones de los contratos en equilibrio, como los reajustes de precios, las compensaciones por las modificaciones al contrato introducidas unilateralmente por el Estado, la extinción unilateral de los contratos por razones de interés público. Es lo que el Ilustre publicista Eduardo García de Enterría señala en su Curso de Derecho Administrativo, página 662, como las “derogaciones precisamente favorables a los contratistas privados, que se ven así titulares de derechos y facultades más amplias que los que les reconocería el Derecho Civil o eximidos de obligaciones que éste les impondría; así como veremos más adelante, las reglas sobre riesgo y ventura y fuerza mayor, o sobre revisión de precios y tarifas, pagos parciales, la reducción de los plazos civiles de garantía y responsabilidad del constructor, etc.” En síntesis, la garantía del equilibrio económico-financiero, es la institución jurídica que persigue mantener incólumes los fines definidos por las partes contratantes al formalizar libremente el vínculo contractual, de manera que cada una de ellas obtenga siempre las prestaciones pactadas, sin que las circunstancias sobrevinientes que no le sean imputables al contratista, puedan causarles pérdidas patrimoniales.

37. Por lo expresado es que esa doctrina española es coincidente con la francesa y con la argentina. André de Laubadere, en Francia, definió ese equilibrio financiero como “...la relación aproximada y la honesta equivalencia

entre cargas y ventajas que el contratista ha tomado en consideración como un cálculo en el momento de contratar: cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contratante (...) es una réplica a la inseguridad financiera causada por el poder de modificación unilateral del Estado que caracteriza al contrato administrativo...” (Traité Theorique et Practique des Contrats Administratifs. Paris, L.G.D.J., 1959, Tomo II, página 32). Y en Argentina Miguel S. Marienhoff, en su obra ya citada, páginas 538 y 563 señala que “(...) El Consejo de Estado francés considera como de orden público todo lo atinente a la aplicación de la “teoría de la Imprevisión”, cuya consecuencia práctica esencial es el reconocimiento de los mayores costos (...) El reconocimiento del mayor costo no requiere de estipulación previa al respecto (...) Más aún: Las cláusulas contractuales que excluyen o limitan la responsabilidad estatal emergente del “hecho del príncipe”, o de supuestos que caigan dentro de la teoría de la imprevisión, son írritas si ellas fueren de carácter general (...) Es implícita, no requiere ser pactada por las partes, se aplica de pleno derecho (...) no puede ser objeto de renuncia por parte del cocontratante. En consecuencia, el derecho a invocarla no puede ser válidamente excluido de un contrato, pues implicando esto la renuncia a invocarla, o la imposición de tal renuncia, ello sería írrito dado el carácter de orden público que reviste (...)”. Y agrega más adelante que “(...) el cocontratante, al celebrar su contrato con la Administración Pública lo hace con el objeto de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.) sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc. El equilibrio económico (...) tiene como punto de partida las prestaciones pactadas una vez perfeccionado el Contrato y busca que éstas mantengan el resultado económico que cada una de las partes tuvo en cuenta al contratar.”(op.cit. página 469).

38. La doctrina del Derecho Público, por consiguiente, es conteste en definir el marco conceptual del derecho al equilibrio financiero del Contrato, de

manera que como resumen de este concepto vital para la decisión del caso, se reseñan las principales ideas al respecto:

Garrido Falla ha señalado que "... nuestra jurisprudencia y la más reciente legislación han terminado por reconocer la existencia de un principio de compensación de riesgos y beneficios que no deja de ser un reflejo de otros principios más evolucionados, ya sentados, definitivamente, por la jurisprudencia francesa como el principio del "equilibrio financiero y de la honesta equivalencia de las prestaciones" (op. Cit. página 113) y la Jurisprudencia española, posterior a este texto, confirma que en la contratación administrativa "...se han superado los principios propios de la contratación civil (*lex inter partes y pacta sunt servanda*) en aras de los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración-poder y contratista-colaborador, equilibrio financiero y honesta equivalencia de prestaciones (Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de abril de 1981. Citada por Juan Francisco Mestre en "La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso administrativa reciente" en Revista Española de Derecho Administrativo, # 47, 1985. Civitas. Madrid, página 429). En otra sentencia del mismo Tribunal Supremo español, se manifiesta que "...no sería lícito que la Administración pudiese modificar un contrato (...) sin que al propio tiempo resultase obligada a mantener la "equivalencia honesta del contrato administrativo" que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la administración..."(Sentencia de la Sala 3ª. del 30 de setiembre de 1983. Misma Revista página 431). En Colombia, Gustavo Rodríguez en su obra "Los Principios Generales del Derecho en la Contratación Administrativa". Librería Jurídica Wilches. Bogotá, 1989, páginas 35 y 36, afirma que "Conforme a la jurisprudencia y a la doctrina francesas acogidas en Colombia, dos grandes principios rectores gobiernan el contrato administrativo. Por una parte las prerrogativas o privilegios de la entidad pública contratante, en razón de ser la personera del bien común y del interés público, y por otra, el respeto al equilibrio financiero del contrato,

restableciéndolo cuando la economía del contratista se vea afectada por actos o hechos provenientes de la Administración, o ajenos a las partes, durante la vida ejecutiva contractual. El contratista particular concurre al contrato administrativo llevando por el interés económico. Si durante la vida ejecutiva del contrato administrativo, sufre menoscabo por acción de la entidad pública contratante, o por otros factores ajenos al contratista, adquiere el derecho a que se le restablezca el equilibrio económico roto, mediante compensación o indemnización.” Y en ese mismo país, Yesid Barrera en “El mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, en la obra colectiva: Régimen de Contratación Estatal”. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1996, página 254, expresa: “Al momento de la celebración de un contrato se entienden incorporadas en el acuerdo de voluntades las circunstancias económicas reinantes y el interés que lo motivó, de tal suerte que si por circunstancias imprevisibles e irresistibles se hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una o todas las partes, debe procederse al restablecimiento del equilibrio inicial, el cual necesariamente se verá reflejado al rescatar las condiciones originales”. En el mismo sentido, aunque con otra terminología jurídica, el derecho norteamericano reconoce los mismos efectos del referido principio, aplicando la llamada “perturbación de los contratos, sean públicos o privados, puesto que esta distinción no existe en ese sistema. Así lo desarrollan Gavin y Millar en “Disruption Claims, en la Obra “Proving and Pricing Construction on Claims (Prueba y Valoración en Reclamos de Construcción”, Wiley Law Publications, New Cork, páginas 141 y 145. Puede verse, también, la doctrina del enriquecimiento injusto reconocida en el derecho americano (“Doctrine of unjust enrichment”) al decir “is an equitable concept created to remedy injustices that occur where one person makes a substantial contribution to the property of another person without compensation (...) unjust enrichment arises when three elements are satisfied: an enrichment; a corresponding deprivation; and an absence o juristic reason for the enrichment. When a claimant is under no obligation contractual, statutory or otherwise to provide the work and services to the recipient, there will be an absence of juristic reasons for the enrichment”, que en traducción libre

significa que “la doctrina del enriquecimiento injusto es un concepto equitativo creado para corregir las injusticias que ocurren en los casos en que un sujeto aporta una contribución sustancial a la propiedad de un tercero sin compensación (...) de manera que el enriquecimiento injusto (ilícito) surge cuando se dan tres elementos: un enriquecimiento, una pérdida correspondiente y la ausencia de razones jurídicas para el enriquecimiento. Cuando el reclamante no está forzado por una obligación contractual, legítima o de otro tipo para tener que suministrar el trabajo o los servicios al receptor, habrá una ausencia de motivos jurídicos para el enriquecimiento”. En Costa Rica, a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la doctrina se ha desarrollado rápidamente en sentido normativo, a partir del concepto de la teoría de la imprevisión calificada como de orden público e irrenunciable, regulada con total independencia de la voluntad de las partes y de la que se dice que siempre está implícita en toda contratación administrativa, aunque de forma expresa se diga lo contrario. Particularmente, la Sentencia No. 6432-98 de las 10:30 horas del día 4 de setiembre de 1998, reproduce toda la jurisprudencia a partir del año 1990 y hasta esa fecha y elabora toda la doctrina atinente al tema y a partir de los principios y valores que se han expresado en este Laudo.

39. En síntesis: el principio del equilibrio económico financiero del contrato administrativo, es reconocido por la principal doctrina del Derecho Administrativo, cuyas principales líneas son las siguientes: a) Se trata de un principio jurídico de rango superior (constitucional) que rige para todo contrato administrativo; b) es un derecho irrenunciable por ser de orden público y porque es un derecho subjetivo del contratista incorporado a su patrimonio; c) siendo un derecho de rango constitucional, porque integra el patrimonio del contratista, no puede ser limitado ni restringido por disposiciones ni legales ni infralegales, es decir ni por los reglamentos ejecutivos, ni por los carteles de una licitación; d) su objeto es mantener el equilibrio entre las prestaciones o el resultado económico que cada una de las partes tuvo en mente al momento de la formalización del contrato, para que ese equilibrio se mantenga incólume

durante toda la vida del contrato administrativo; e) que es la respuesta jurídica al principio de la mutabilidad unilateral del contrato, potestad que le pertenece a la Administración; f) supone el restablecimiento no sólo de los daños y perjuicios causados, sino también de la utilidad ilegítimamente disminuida con los efectos de la mutabilidad del contrato. Desde la perspectiva de la doctrina que se ha analizado y de la legislación de la República de Honduras, vigente en el período de vida del contrato, es que se examina el fondo de esta diferencia.

XIV.- SOBRE EL FONDO DE LA DIFERENCIA.-

40. Dado que en el alegato formulado por la Demandante, en el escrito presentado en la etapa de las conclusiones del proceso, afirmando que la representación del Estado de Honduras no se refirió a todos y cada uno de los hechos señalados por la Demandante en su Memorial, según lo que mandan las Reglas 20(1)c) y 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal ha revisado todos los documentos presentados como respuesta por la parte demandada y comprueba que la contestación negativa a los ochenta y siete hechos que integran el Memorial de Astaldi los niega de manera genérica, es decir, no hay una respuesta específica para cada hecho, siendo el rechazo a las pretensiones de la Demandante una sola manifestación. En el escrito presentado ante el Tribunal por la representación del Estado de Honduras para formular sus conclusiones y al referirse a los reclamos hechos en el Memorial de la demandante, se presenta una reiteración de los argumentos esgrimidos por la demandada en su Memorial de Contestación; en la Dúplica agregó que rechaza lo afirmado por la parte demandante, en cuanto al supuesto incumplimiento de lo establecido en la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, relacionado con la aceptación o negación de los hechos declarados por la demandante en el último escrito presentado. Señaló que su representado –el Estado de Honduras- negó los hechos declarados por Astaldi y fundamentó debidamente dicha negación. En consecuencia, el Tribunal resolverá el asunto con el sustento que le confieren los hechos que se tienen como probados, que

son aquéllos que cuentan con el debido respaldo probatorio, según la valoración que se haga aplicando las reglas de la sana crítica racional y de conformidad con los principios procesales que se derivan del Acta resumida de la primera sesión del Tribunal celebrada en la Ciudad de Tegucigalpa, Honduras, el 9 de junio de 2008, tal y como fue acordado por las partes, es decir, con la prueba suministrada por las partes con los escritos presentados ante el propio Tribunal.- Consecuentemente, entra el Tribunal al análisis y resolución de cada uno de los ocho reclamos que integran el petitório que hace la Demandante, siguiendo el mismo orden con el que fueron presentados en el Memorial sobre el fondo de la diferencia de la demandante y con fundamento en el marco jurídico ya definido por este Tribunal.

41. Sobre el Reclamo No. 1, identificado como Gastos Indirectos y por Aceleración, sufridos en el patrimonio de ASTALDI y relacionados con Banco de Materiales del Río Humuya y demás gastos concurrentes.

Conforme con los términos del Memorial de la Demandante, este extremo se subdivide en cinco ítems: a) los daños y perjuicios estimados bajo el ítem 1.1 que corresponden a los mayores costos para la construcción, en el período que va desde el 15 de mayo hasta el 30 de junio del año 2006 del canal de reorientación del cauce del Río Humuya, según el acuerdo entre SOPTRAVI y la Municipalidad de Santa Rita. b) Los daños y perjuicios del ítem 1.2.a) se refieren a los mayores costos por el acarreo generado para la explotación del Banco de Campo Barranco. Los daños y perjuicios estimados bajo el ítem 1.2.b) se refiere a los mayores costos por el sobre acarreo para la explotación del Banco de Subirana, que comportó un incremento de la distancia entre el Banco de Materiales y la trituradora, fijándose la diferencia en 3400 metros de distancia con relación a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones. c) Los daños y perjuicios del ítem 1.3 corresponden a los costos sufridos como consecuencia del equipo y personal paralizado por orden judicial, en el período que va desde el 23 de junio hasta el 24 de agosto del año 2006. El ítem 1.4.a) corresponde a los costos de equipo y personal paralizado durante el mes de noviembre del 2005 por el cierre del acceso a la zona donde estaba ubicada la trituradora por

la acción de un tercero. El ítem 1.4.b) corresponde a la misma causa, pero por la paralización que duró hasta el día 20 de diciembre de ese año; y el ítem 1.4.c) corresponde a un nuevo paro desde el día 21 de abril hasta el día 24 de ese mismo mes y año. Los daños y perjuicios del ítem 1.5 corresponden al equipo adicional con relación al requerimiento del pliego de condiciones de la licitación, que la empresa tuvo que incorporar, así como el incremento en mano de obra, para acelerar la obra y reducir los atrasos en el Proyecto. La Demandante estimó este extremo en la suma de Lps. 12.554.928,76 y US \$ 4,375,895.59 (doce millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos veintiocho Lempiras con setenta y seis céntimos y cuatro millones trescientos setenta y cinco mil ochocientos noventa y cinco dólares con cincuenta y nueve centavos).

42. El sustento de los alegatos de Astaldi a lo largo de este proceso, se resume así:

a) que El Estado de Honduras intentó desde el inicio del procedimiento licitatorio, evadir las obligaciones que le fueron impuestas legalmente a partir del Pliego de Condiciones y pretendió transferir al oferente y futuro contratista, la responsabilidad de adquirir u obtener los permisos para explotar los Bancos de Materiales mineros necesarios para ejecutar la obra;

b) el Cartel de la Licitación reguló esta materia en la Sección 5 de las Especificaciones Técnicas, regla que resultó posteriormente reformada mediante modificaciones y aclaraciones al Pliego de Condiciones introducidas por la Administración, que fueron comunicadas por ésta a los oferentes en una fecha muy cercana a la de apertura de las ofertas. Como consecuencia de lo actuado, en la Condición 15 del Addendum No. 1 al Documento de Licitación y en su Anexo A.1.1, denominado “Banco de Materiales y Préstamos” el Estado de Honduras individualizó el Banco de Materiales del Río Comayagua, como el banco a utilizar para la producción de Base Granular Densa durante la ejecución de la obra. Sin embargo, los Bancos de Materiales se agotaron

durante la ejecución de la obra, obligando a buscar bancos adicionales. La entidad licitante SOPTRAVI, verificó y aprobó los nuevos bancos propuestos y los precios unitarios pactados; finalmente, Astaldi elaboró su oferta que fue sometida a la Administración, considerando el aprovechamiento de materiales del relacionado Banco (Folio 149 de la Oferta);

c) antes de empezar la construcción de los trabajos – noviembre del 2004 - el Contratista empezó las negociaciones con el señor René Rojas Pacheco, quien afirmaba que tenía la concesión para el aprovechamiento del material ubicado en los Bancos de Materiales de todo el Río Humuya o Comayagua. Mediante Oficio DGC-0043-2006 del 6 de enero del 2005, se le comunicó a la demandante la Orden de Inicio para la ejecución de las Obras, estableciéndose dicha fecha de inicio en el día uno (1) de febrero del año 2005. En Oficio DT05-060 del 31 de enero del 2005 se confirmó que los agregados para carpeta y base, serían obtenidos del río Comayagua; no obstante lo expresado, desde el inicio de los trabajos el Proyecto sufrió importantes atrasos en la ejecución por diversas causas, como por ejemplo, por la falta de obtención oportuna de la Licencia Ambiental, la que no fue remitida por la Administración al Contratista sino hasta en el día 7 de marzo del 2005; la falta de definición del Derecho de vía, cuya problemática no puede considerarse resuelta sino hasta el 13 de mayo del 2007; la relocalización de la Fibra Óptica en el Proyecto; la lluvia; y, la falta de disponibilidad del Banco de Materiales “Río Humuya o Comayagua”. Todos estos aspectos fueron expuestos al Estado de Honduras mediante Oficio AST-SUP-TLB-007-06, reclamando la ampliación del plazo contractual, sin que el Estado de Honduras haya contestado ese reclamo, ni siquiera a la fecha de presentación del Memorial de la Demandante;

d) la falta de disponibilidad del Banco de Materiales identificado como “Río Humuya o Comayagua”, fue reclamada por Astaldi al SOPTRAVI en su carta DT 05.074 del 7 de febrero del 2005, donde se comunicaba que existían irregularidades en el proceso de obtención de la concesión minera (en este mismo sentido las Notas de la Bitácora de Obra No. 4, Reunión Mensual de

Trabajo del 16 de marzo del 2005, la del 18 de marzo del 2005, Reunión Mensual de Trabajo del 1 de abril del 2005 y la No. 12). El 9 de mayo del 2008 la Demandante recibió una nota de la Municipalidad de Santa Cruz de Yojoa, en la que le comunican que al Señor Rojas Pacheco se le ha denegado el permiso de Operación, lo que significa que si está operando los Bancos de Materiales es ilícitamente, comunicación que fue remitida a la Administración mediante Nota No. AST-SUP-TLB-044-05.

e) El Sr. René Rojas Pacheco no tenía concesión alguna de aprovechamiento del material minero ubicado en dicho Banco; a pesar de ello no es sino transcurridos tres meses calendario, desde el Oficio DT 05-074 del 7 de febrero del 2005, que personeros de la Administración Contratante decidieron consultar al DEFOMIN la situación del Banco de Materiales. El 5 de abril del 2005 el Presidente de la República mediante Acuerdo No. 149-2005, publicado en el Diario Oficial el 2 de junio del 2005, declaró zona de reserva minera y de cantera nacional los Bancos de Materiales. Mediante Oficio No.1665-05 SOPTRAVI comunicó a Astaldi que en virtud del acuerdo anterior quedaba autorizada para acceder a los Bancos de Materiales mencionados en el Acuerdo. El Sr. Rojas Pacheco continuó ejerciendo actos de dominio y manteniéndose en posesión ilegítima del referido Banco de Materiales, continuándose con la imposibilidad de Astaldi para acceder al banco de materiales (Bitácora de Obra del 13 de junio del 2005 y del 15 de julio del 2005, Reunión Mensual de Trabajo del 31 de agosto del 2005, Nota No. AST-SUP-TLB-079-05 del 1 de setiembre del 2005).

f) El 12 de setiembre del 2005 la demandante recibió una citación de la Procuraduría del Ambiente y Recursos Naturales para que compareciera en una audiencia, con el objeto de acreditar la concesión minera no metálica de aprovechamiento de los materiales mineros. Posteriormente funcionarios del SOPTRAVI le avisaron que se habían iniciado diligencias para hacer efectiva la entrega del Banco de Materiales del Río Humuya (Bitácora de Obra, 6 de octubre del 2005). En audiencia del 20 de octubre del 2005 se reconoció que

corresponde al Estado de Honduras el deber de proporcionar a todas las compañías constructoras, los Bancos de Materiales necesarios para la ejecución de los proyectos públicos. La problemática de explotación de los materiales fue tratada en la Reunión Mensual de Trabajo efectuada el 26 de octubre del 2005. Mediante Nota GG05-557 ASTALDI reclamó, nuevamente al Estado de Honduras, el incumplimiento en cuanto a los Bancos de Materiales y además, le comunicó a SOPTRAVI, que sus intentos para ingresar a los Bancos de Materiales, eran obstaculizados por terceras personas (Oficio AST-SUP-TLB-102-05).

g) Mediante Acta de Comparecencia en la Procuraduría del Ambiente y de Recursos Naturales y Ambiente del 11 de noviembre del 2005 se consigna que Rojas Pacheco no va a interferir en la explotación de los materiales, siempre que el Contratista cumpla con las medidas de mitigación señaladas en la licencia ambiental y con el Oficio UE BM No. 357-05 del 11 de noviembre del 2005 se le informa al Contratista, que se acordó la libre explotación del Banco de Materiales “Lagunetas” sobre el Río Comayagua. Luego mediante Oficio AST-SUP-TLB-107-05 del 29 de noviembre del 2005, se le notificó al Estado de Honduras que nuevamente se había obstaculizado la extracción de materiales (Reunión Mensual del 30 de noviembre del 2005) y con la Nota AST-SUP-TLB-113-05, ASTALDI manifestó que se mantenía paralizado el equipo relacionado con la extracción de materiales (Nota AST-SUP-TLB-035-06). El paro de recursos del Contratista no fue resuelto sino hasta el 24 de abril del 2006 (Notas AST-SUP-TLB-064-06, AST-SUP-TLB-065-06).

h) Como consecuencia del Acuerdo entre SOPTRAVI y la Municipalidad de Santa Rita del 9 de mayo del 2006, se autorizó a Astaldi el acceso al río por terrenos que pertenecen a esa Municipalidad, para lo cual la empresa contratista tuvo que construir un canal de reorientación utilizando su maquinaria, su equipo y su personal. Cuando esto se logró, el Sr. Rojas Pacheco colocó cadenas para impedir el acceso al área de trabajo y aprovechó el desvío de las aguas para su propia extracción. Además, solicitó el embargo

judicial de bienes y equipo de Astaldi (Nota AST-SUP-TLB.088-06). El equipo y el personal estuvieron paralizados desde el día 23 de junio del 2006 hasta el 24 de agosto del 2006 (Nota AST-SUP-TLB-102-06) y la empresa, mediante Oficio DM No 1372-2006 el SOPTRAVI, solicitó la colaboración de un contingente militar para tomar posesión del Banco de Materiales, que se hizo presente en el sitio, pero que optó por no actuar hasta tanto no se hubiese dictado una orden judicial.

i) En la Reunión mensual de trabajo del 2 de agosto del 2006 se mencionó que el Contratista proporcionaría al Jefe del Proyecto todos los costos suplementarios que se derivaban del embargo del equipo. Según consta en Nota AST-SUP-TLB-102-06 del 18 de agosto del 2006, ese mismo día se realizó un embargo sobre el equipo que la empresa tenía en el lugar de trituración, período que terminó el 24 de agosto del 2006, cuando se logró negociar una solución con la Cooperativa Subirana, la que proporcionó el material constructivo, pero que resultó ser mucho más fino y de menor rendimiento, siendo la distancia de acarreo del material mayor a la que se consideró en las condiciones iniciales de la licitación, es decir, en el Pliego de Condiciones. En esencia, sobre este aspecto ASTALDI le reclamó a la Administración tres suspensiones del funcionamiento del equipo, es decir, en tres períodos distintos.

j). Una vez que se acabó el material de este Banco se iniciaron nuevas negociaciones con el Patronato de Campo Barranco, que resultó ser una alternativa viable, pero la distancia entre el mismo y la trituradora se incrementó con respecto a la considerada en la elaboración de la oferta.

k). La extracción de materiales en los Bancos de Subirana y Campos Barranco no fue un proceso continuo sino intermitente, puesto que fue interrumpido por paros y protestas. A pesar de las circunstancias expuestas por la empresa contratista, el Gobierno la presionó para que entregara la obra dentro de los plazos convenidos (Reunión Mensual 31 de agosto del 2005,

Reunión Mensual 27 de abril del 2006, Reunión Mensual 8 de noviembre del 2006). La empresa advirtió al Gobierno de Honduras que tal proceder le implicaba costos adicionales que serían reclamados a la Administración (Oficio No. GG05-488 del 2 de setiembre del 2005).

43. La Demandante fundamenta su Memorial así como su Réplica y sus Conclusiones en los siguientes alegatos: Afirma que las modificaciones contractuales que resultan del poder de acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir integral y plenamente los efectos de sus propias decisiones. Siendo la propiedad minera un bien demanial del Estado de Honduras, él es el llamado a facilitar al Contratista los Bancos de Materiales requeridos para la ejecución de la Obra Pública, como consecuencia de los principios de equilibrio de intereses y buena fe. La obligación de adquirir los Bancos de Materiales y ponerlos a disposición del Contratista es consecuencia directa del principio de legalidad presupuestaria y de la obligación del Estado de, al momento de formalizar un contrato público, verificar la disponibilidad de recursos financieros. La Administración cuenta con la potestad de decidir los requisitos técnicos de un proyecto y la forma de llevarlo adelante, esa discrecionalidad no es irrestricta y por ello debe necesariamente respetar los límites impuestos por la ley vigente, dado que frente a la legislación anteriormente citada y los principios que consagra, la discrecionalidad es jurídica y legalmente imposible como vía para querer desestimar las obligaciones y las responsabilidades a las que se ve sometida con motivo de los reclamos de Astaldi. Bajo lo expuesto, al constituir el Pliego de Condiciones de licitación un articulado de normas de carácter secundario, subalterno, inferior y complementario de la demás normativa de rango jurídico formal superior, no puede modificarla, sustituirla, ni pretender desaplicarla sustrayéndose al debido cumplimiento de sus obligaciones cuya *ratio legis* derivan incluso de la propia Constitución. La Administración con su propio comportamiento durante la etapa de ejecución contractual, reconoció su sometimiento a la Ley y en su momento, asumió a su cargo la obligación de

poner a disposición del Contratista el Banco de Préstamo del Río Humuya. Es de principio que al celebrarse el contrato de obra pública, se le debe garantizar al Contratista la obtención del beneficio proyectado en su propuesta; cuando este beneficio se altera por causas que, son imputables a la Administración o por causas no imputables a ella, pero sobrevinientes e imprevisibles, el co-contratante tendrá el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio (utilidad) o en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo y esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio económico y/o financiero del contrato, cuyo restablecimiento se reclama. Alega que suponiendo que el Estado de Honduras no era legalmente responsable del obtener los Bancos de Materiales y ponerlos a disposición del Contratista, y que realizó todos los actos a los que estaba obligado según la normativa que regula el Contrato, es lo cierto que el Estado de Honduras debe responder asumiendo aquellos menoscabos o afectaciones provocadas al Contratista durante la ejecución contractual, por efecto de actuaciones de terceros que incidieron en los costos de ejecución del Proyecto y que no estaban contemplados en los costos que integran el valor de la oferta propuesta.

44. En respuesta a este extremo de las pretensiones de la Demandante en su Memorial, la representación del Estado de Honduras formuló las siguientes consideraciones, en su Memorial de Contestación, en la Dúplica y en sus Conclusiones:

Afirma que según las reglas del Cartel, la responsabilidad por la explotación de los Bancos recaía, contractualmente, en el Contratista. SOPTRAVI y la Supervisión realizaron todas las gestiones que estuvieron a sus alcances para colaborar con el trámite de los permisos. Las actividades nunca se detuvieron por falta de materiales y se autorizó la compra de materia prima para este fin. Como soporte se hace referencia a las disposiciones legales contenidas en las Especificaciones Técnicas numerales 7, 17.5, 20A y 20B inciso 2.8., Addendum No. 1, Numeral 15. Alega que el Pliego de Condiciones que reguló el proceso

de Licitación Pública Internacional del Proyecto Obras de Mejoramiento de la Carretera CA-5 Norte Tramo "Taulabé-La Barca", fue aprobado por el Banco Mundial (sic) mediante la expresión de "No Objeción" contenida en comunicación electrónica de fecha 14 de agosto del 2004, lo que significa que las normas del Cartel adquirieron la naturaleza de ser las normas jurídicas que se deben aplicar al caso. El ente licitante tenía la competencia legítima de emitir Addendas al Cartel de la Licitación, de manera que el Addendum No. 1 es parte de los documentos que forman el Contrato y los firmantes del Contrato están en la obligación de cumplir con lo que en él se indica. De conformidad con el Numeral 15 del Addendum No. 1: "El Contratista será responsable de la obtención de los Bancos de Materiales y deberá realizar las diligencias ante las Municipalidades y los dueños de los predios donde se ubiquen tales bancos....A estos propósitos se establece una tasa fija de cinco lempiras exactos por cada metro cúbico colocado en su posición final...que todos los licitantes por igual deberán incluir en sus respectivas fichas de costos de todos los ítems de obra incluidos en su oferta, que involucren el uso de agregados pétreos u otros materiales o suelos obtenidos de un determinado banco...." En las Hojas de Análisis de Precios Unitarios de la Oferta de Astaldi, comprendidas entre el folio 38 y el folio 109, en lo correspondiente al concepto de materiales, aparece indicada la Compra Material, con el precio de 5.00 Lempiras por metro cúbico, exceptuando la del folio 50, correspondiente al concepto 15 C, Cemento Asfáltico, Tipo AC-20 para mezcla, en la que está registrado un valor de 3.00 Lempiras por metro cúbico para compra material de Banco. Lo anterior pone en evidencia que el Contratista aceptó la responsabilidad de adquirir los materiales de Banco de Préstamo (En este sentido véanse los folios 149 y 150 de la oferta presentada por Astaldi en el tema Preparación de Base y Agregados Pétreos; también debe tenerse en consideración el orden de prelación de los documentos que integran el Contrato, para efectos de su interpretación Anexo III Condiciones del Contrato. A. Disposiciones Generales. 2.3 Definiciones) El Estado Contratante le pagó al Contratista, todos los valores que éste le pago a terceros, por concepto de materiales extraídos de los diferentes Bancos de Préstamo, tal y como se indica en el Numeral 15 del Addendum No. 1.

45. Como se aprecia de los acápite anteriores, el Reclamo No. 1 es complejo y está integrado por varios extremos parciales que integran un todo y que tiene cada uno de ellos que ver con los mayores costos que la demandante alega ha tenido que asumir por causas ajenas a su voluntad contractual. En estricto sentido el Reclamo emana del siguiente marco fáctico: a) para construir el Proyecto denominado “Contrato de Mejoramiento de la Carretera CA-5-Norte, Tramo Taulabe – La Barca”, como puede verse en el Decreto No. 4-2005 publicado en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Honduras del 26 de febrero del 2005, documento que aparece aportado como prueba, a partir del Folio 87 del Tomo Primero, anexo al Memorial de Astaldi, la Administración requirió, una gran cantidad de tareas que se especifican en el Anexo No. 1 del Contrato y que se identifican dentro de la Lista de Cantidades y Precios Unitarios que fue, posteriormente, actualizada con los addenda aprobados y formalizados por las partes. b) El Cartel de la Licitación regula la materia de los Bancos de Materiales en la Sección 5 de las Especificaciones Técnicas, regla que fue reformada por las modificaciones y aclaraciones que la Administración introdujo en el Pliego de Condiciones y que fueron comunicadas a los potenciales oferentes en su momento oportuno del procedimiento, de modo que en la Condición 15 del Addendum No. 1 al Documento de Licitación (Cartel) y en su Anexo A.1.1, denominado “Banco de Materiales y Préstamos” el Estado de Honduras individualizó el Banco de Materiales del Río Comayagua, como el banco a utilizar para la producción de Base Granular Densa durante la ejecución de la obra. c) La disposición cartelaria original sobre los Bancos de Materiales señala expresamente que: “Para ilustración de los licitantes y su eventual uso, se acompaña en forma anexa una completa descripción de los BANCOS DE MATERIALES Y PRESTAMOS con sus respectivos resultados de laboratorio de acuerdo al estudio técnico elaborado para este proyecto. El Contratista será responsable de la obtención de los Bancos de Materiales y deberá realizar las diligencias ante las Municipalidades y los dueños de los predios donde se ubiquen tales bancos. SOPTRAVI colaborará con el Contratista y mediará ante los propietarios y Municipalidades, a través de su

Departamento de Derecho de Vía y su Unidad de Gestión Ambiental (UGA), en el trámite de autorización de permisos de explotación, debiendo el contratista cumplir todas las regulaciones ambientales pertinentes que se estipulan en los documentos de licitación. A estos propósitos se establece una tasa fija de cinco lempiras exactos por cada metro cúbico colocado en su posición final (Lps 5.00/m³) que todos los licitantes por igual deberá incluir en sus respectivas fichas de costos de todos los ítems de obra incluidos en su oferta, que involucren el uso de agregados pétreos u otros materiales o suelos obtenidos de un determinado banco. Si la tasa de pago en que incurriere el Contratista fuere distinta a la aquí establecida, se realizarán los ajustes, de más o en menos, en los correspondientes pagos que se efectúen durante el desarrollo de la obra. A estos propósitos, los volúmenes involucrados en este reconocimiento, serán medidos por el Supervisor en su posición final debidamente colocados y compactados, sin incluir desperdicios de ninguna naturaleza". d) Como se indica en el punto No. 40 anterior, la empresa contratista inició las conversaciones con el señor René Rojas Pacheco, quien afirmaba ser concesionario de los bancos del Río Humuya o Comayagua en el mes de noviembre del 2004, es decir, antes de empezar la construcción de los trabajos. Mediante Oficio DGC-0043-2006 del 6 de enero del 2005, se le comunicó a la demandante la Orden de Inicio para la ejecución de las Obras, estableciéndose dicha fecha de inicio en el día uno (1) de febrero del año 2005 y con el Oficio DT05-060 del 31 de enero del 2005, se le confirmó que los agregados para carpeta y base, serían obtenidos del río Comayagua. A pesar de lo que viene dicho, consta en el expediente que desde el inicio de los trabajos, el Proyecto sufrió importantes atrasos en su ejecución por diversas causas, como por ejemplo, por la falta de obtención oportuna de la Licencia Ambiental, la que no fue remitida al Contratista sino el día 7 de marzo del 2005; la falta de definición del Derecho de vía, cuya problemática no puede considerarse resuelta sino hasta el 13 de mayo del 2007; la relocalización de la Fibra Óptica en el Proyecto; la lluvia; y, la falta de disponibilidad del Banco de Materiales "Río Humuya o Comayagua". Todos estos aspectos fueron expuestos al Estado de Honduras mediante Oficio AST-SUP-TLB-007-06, reclamando la ampliación del

plazo contractual, sin que conste en el expediente que el Estado de Honduras hubiera contestado ese reclamo. La falta de disponibilidad del banco de materiales identificado como "Río Humuya o Comayagua", fue reclamada por Astaldi al SOPTRAVI en su carta DT 05.074 del 7 de febrero del 2005, donde se comunicaba que existían irregularidades en el proceso de obtención de la concesión minera (en este mismo sentido las Notas de la Bitácora de Obra No. 4, Reunión Mensual de Trabajo del 16 de marzo del 2005, la del 18 de marzo del 2005, Reunión Mensual de Trabajo del 1 de abril del 2005 y la No. 12). El Tribunal también tiene por acreditado que el día 9 de mayo del 2008 la demandante recibió una Nota de la Municipalidad de Santa Cruz de Yojoa, en la que se le comunicó que al Señor Rojas Pacheco se le había denegado el permiso de Operación, implicando que estaba operando ilícitamente, comunicación que fue remitida a la Administración mediante Nota No. AST-SUP-TLB-044-05. En consecuencia, de conformidad con lo probado en este procedimiento, para el Tribunal el Sr. René Rojas Pacheco no tenía una concesión legítima para el aprovechamiento del material minero ubicado en el Banco del Río Humaya y no es sino transcurridos tres meses calendario desde la fecha del Oficio DT 05-074 del 7 de febrero del 2005, que personeros de la Administración Contratante decidieron consultar al DEFOMIN la situación del Banco de Materiales. El 5 de abril del 2005, el Presidente de la República mediante Acuerdo No. 149-2005, publicado en el Diario Oficial el 2 de junio del 2005 declaró zona de reserva minera y de cantera nacional los Bancos de Materiales. De inmediato, SOPTRAVI, mediante Oficio No.1665-05 le comunicó a Astaldi que en virtud del acuerdo anterior quedaba autorizada para acceder a los Bancos de Materiales mencionados en el Acuerdo. No obstante, el Sr. Rojas Pacheco continuó ejerciendo actos de dominio y de posesión ilegítima del referido Banco de Materiales, manteniéndose la imposibilidad de Astaldi para acceder al Banco de Materiales (Bitácora de Obra del 13 de junio del 2005 y del 15 de julio del 2005, Reunión Mensual de Trabajo del 31 de agosto del 2005, Nota No. AST-SUP-TLB-079-05 del 1 de setiembre del 2005).

46. Sintetizado de esta forma el tema que tiene que ver con el Reclamo No. 1, es imperativo señalar que el Estado de Honduras estructura su defensa jurídica, desde el punto de vista de confrontar el valor jurídico de las normas del Cartel de la Licitación las que eleva, por interpretación, a la condición de normas de ley por equiparación. En efecto, como ha quedado consignado en los párrafos anteriores, la representación legal del Estado de Honduras alega que el Pliego de Condiciones que reguló el proceso de Licitación Pública Internacional del Proyecto Obras de Mejoramiento de la Carretera CA-5 Norte Tramo "Taulabé-La Barca", fue aprobado por el Banco Mundial (sic) mediante la expresión de "No Objeción" contenida en comunicación electrónica de fecha 14 de agosto del 2004, lo que significa que las normas del Cartel adquirieron, por virtud de tal aprobación sin objeción, la naturaleza de normas jurídicas con rango de ley, que son las que se deben aplicar al caso. Esta forma de razonar tiene contenido como alegato de réplica que se ensaya contra los argumentos de la demandante, la que ha sostenido que las obligaciones contractuales de la Administración, desarrolladas en el Artículo 69 de la Ley de Contratación del Estado, con relación al Artículo 182 de su Reglamento, claramente indican que corresponde a la Administración responsable adquirir los Bancos de Materiales y permisos y que el Contratista no es responsable por demoras imputables a estas causas, de manera que si es perjudicado por incumplimiento de la Administración, tendrá derecho a la indemnización correspondiente. Debe repararse que, inclusive, en la norma reglamentaria el tema es tratado como obligaciones previas a cargo de la Administración, es decir como una obligación ineludible para ésta, que se transforma, *ipso facto*, en una ventaja contractual para la Demandante.

47. Dicho lo anterior, es criterio de este Tribunal de Arbitraje que la confrontación de los alegatos de las partes en la contienda, debe resolverse con fundamento en el principio de la supremacía de las normas constitucionales y el principio de legalidad, tal y como se diseñan en el ordenamiento jurídico hondureño, lo que no difiere de cómo los ve la doctrina del Derecho público en general, principios que nos deben dar una respuesta adecuada para dictar una

solución jurídica y razonable sobre este asunto. El primer principio de la supremacía de la norma constitucional, deriva de la concatenación de los Artículos 184, 244 inciso 1) y 375 de la Constitución de la República Hondureña, con la estructura expresa de la jerarquía normativa que el legislador ordinario de la República de Honduras ha establecido en el Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, del que también deriva el principio de legalidad *ipso iure*. Resulta más que evidente para el Tribunal de Arbitraje que no es posible para la Administración Pública de la República de Honduras, dictar normas en los carteles o pliegos de condiciones de las licitaciones, que sean contrarias a los derechos y garantías contenidas en la Constitución de la República, así como en las leyes vigentes, sobre todo cuando dichas especificaciones tengan como objeto limitar, disminuir o de alguna manera restringir derechos que han sido previamente reconocidos o declarados por mandato de ley. El Artículo 69 de la Ley de Contratación del Estado le confiere a todo potencial contratista derechos subjetivos, sea como el reconocimiento de beneficios o ventajas contractuales, sea como obligaciones a cargo de la Administración y en favor de aquéllos, derechos que no pueden ser suprimidos ni limitados por normas de rango inferior en la jerarquía normativa del Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, salvo que una ley especial posterior le atribuya a la Administración esas potestades expresas, en cuyo caso sería necesario examinar el tema de los derechos adquiridos de buena fe, a la luz del principio de la irretroactividad de la ley y de lo que dispone el Artículo 64 de la Constitución de la República; y es tesis de principio que tampoco se pueden disminuir, restringir o tergiversar los derechos reconocidos por la propia Constitución de la República, como lo indican con toda claridad los incisos 3) y 4) del Artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública. La Constitución de la República garantiza el derecho a la inviolabilidad de la propiedad, que en doctrina del Derecho Público se reconoce como el derecho de la intangibilidad patrimonial, puesto que la propiedad que es inviolable es la totalidad del patrimonio de las personas. Es decir, las disposiciones de un cartel de licitación son de rango reglamentario y específico para el negocio de que se trata y por ello no pueden ni rebajar, ni eliminar o restringir derechos ya

reconocidos por virtud del principio de la supremacía constitucional. Y para el Tribunal es jurídicamente inadmisibles el argumento esbozado por la Procuraduría del Estado de Honduras, en el sentido que la simple aprobación de un cartel de licitación por un ente bancario internacional, en virtud de las disposiciones de un convenio de préstamo, pueda producir, de manera automática, la conversión de esas disposiciones en normas jurídicas con el carácter de ley ordinaria de la República, porque ello implicaría violar las disposiciones contenidas en los Artículos 205 inciso 1), 213, 214 y 215 de la Constitución de la República, sobre todo, porque no es jurídicamente aceptable que se pueda transferir la competencia constitucional de legislar que radica en el Poder Legislativo, para que sea suplantada por un simple acto de mera constatación de requisitos formales que aprueba un cartel de licitación. La función del Poder Legislativo de dictar, reformar e interpretar la ley, tiene su límite en el principio de la conservación de la voluntad primaria expresada en el acto constituyente de estructurar el Gobierno de la República en tres poderes, de manera que el funcionamiento del Poder Legislativo no es mera voluntad política sino un poder emanado de la misma Constitución, competencia que hace que toda ley sea una norma de Derecho que emana del Estado, de forma escrita y con un procedimiento solemne. Confirma todo lo anterior lo que disponen los Artículos 1 y 19 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sobre todo en dos aspectos: en sujetar la conducta de los entes públicos a esta normativa en cuanto declaren, reconozcan o limiten los derechos de los particulares, y en segundo término, en estructurar el principio de legalidad a partir de la jerarquía normativa del Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública. Esta misma Ley de Procedimiento Administrativo, a partir de su Artículo 34, desarrolla la nulidad del acto administrativo, para indicar que es nulo el acto que se dicte contra lo dispuesto en el Artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública, especialmente y para el caso concreto, en lo que atañe a reconocer, declarar o limitar derechos de los particulares. Particularmente, el Artículo 35 *ejusdem*, señala que son anulables los actos que incurran cualquier infracción contra el ordenamiento jurídico, incluso por exceso o por desviación de poder. Todo lo señalado apunta a que son ilegítimas las

disposiciones de un cartel de licitación, cuando restringe, limita o elimina derechos de los particulares que han sido previamente declarados por norma de ley. Además, de lo que viene señalado, es imprescindible traer a cuenta que los Bancos de Materiales, por definición de los Artículos 10 y siguientes de la Constitución del Estado Hondureño le pertenecen con el carácter de bienes demaniales, siendo el dominio del Estado inalienable e imprescriptible, de manera que al vincular estas normas con el Artículo 2 de la Ley General de Minería, se produce la convicción de la pureza jurídica del Artículo 69 de la Ley de Contratación del Estado, en el sentido que siendo bienes del Estado es a éste al que le corresponde disponer de las licencias de explotación de los Bancos de Materiales, para obtener productos naturales que debe incluir en una obra pública, cuya construcción tiene como fin último el bien común. De todo lo expresado resulta que para resolver el punto concreto en debate, el Tribunal de Arbitraje tiene por comprobado que la Administración creó cargas contractuales adicionales en contra de los intereses de la demandante, infringiendo el patrimonio de la empresa contratista con las normas del cartel y con sus actuaciones, que limitaron y restringieron los derechos del Contratista ya declarados por el Artículo 69 de la Ley de Contratación del Estado y como los hechos concretos alegados por la demandante, en cuanto a la sucesión de acontecimientos sobrevinientes que la conducen a definir los mayores costos y la mayor permanencia en el Proyecto, no fueron expresamente refutados por la representación del Estado con prueba convincente que desvirtúe la pretensión de la demandante, el Tribunal de Arbitraje los tiene como hechos probados y, en consecuencia, es lo jurídicamente pertinente tener por acreditadas las violaciones acusadas por la demandante, lo que conduce a acoger y declarar con lugar al Reclamo No. 1 que formula Astaldi en su Memorial, que se liquida como más adelante se expresará.

48. **Sobre el Reclamo No. 2, Sub excavaciones pendientes de pago.** El Proyecto de mejoramiento Taulabé - La Barca fue licitado para realizar trabajos en tres tipos de sectores: a) el comprendido de la Estación 140+000 al 150+000, b) el comprendido de la Estación 153+000 al 179+000 y c) el

comprendido entre la Estación 179+000 al 192+000. Mediante Oficio DM-0439-2005 del 25 de julio del 2005, SOPTRAVI envió formal solicitud al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), con una propuesta de Enmienda al Convenio de Crédito 4342-HO, con el fin de disponer de recursos adicionales para utilizarlos en trabajos complementarios del Proyecto. La redistribución de fondos fue aprobada por el BIRF el 16 de diciembre del 2005 y, bajo lo expuesto, se procedió a la suscripción de la Modificación No. 1 al Convenio de Préstamo el 22 de diciembre del 2005. Mediante Oficio DGC No.1464-2006 el Director de Carreteras indicó que procedía la remoción de volúmenes de materiales inestables que se remplazarían con material de préstamo, para ampliar la calzada a cuatro carriles, siendo ésta una modificación al objeto contractual. El 18 de diciembre del 2006 se acordó la Modificación No. 2 del Contrato, en cuyo Tercer Considerando se hace referencia a las “masivas subexcavaciones de materiales inestables y su posterior reposición con material del Préstamo”. No obstante lo expuesto, los trabajos realizados fueron pagados como si la actividad correspondiera a una Excavación Común No Clasificada y no bajo el ítem de Subexcavación como correspondía, según lo afirma la demandante. Mediante Oficio No. AST-SUP-TLB-097-06 del 3 de agosto del 2006, se indicó que el pago del diferencial adeudado, ya ajustado, asciende a Lps. 2.884.852,01 y con el Oficio DGC No. 1460-07 del 26 de agosto del 2007, el Director General de Carreteras, denegó el pago del valor anterior, basando su decisión en que la obra reclamada como “Sub-Excavación”, corresponde de acuerdo a las especificaciones a “Excavación Común”. La demandante fundamenta el reclamo, tanto en su Memorial como en la Réplica, en las siguientes consideraciones de fondo: el reclamo por Subexcavación es procedente con fundamento en el Numeral 12.1 de las Especificaciones Técnicas. El reclamo se sustenta en lo dispuesto en los Artículos 28 y 121 de la Ley de Contratación del Estado. En caso de que se produzca una modificación del Contrato, el Contratista tiene un verdadero derecho subjetivo a la intangibilidad de su remuneración, lo cual se encuentra garantizado en la Legislación promulgada por el Estado de Honduras y resulta aplicable al Contrato de referencia, y en este caso, los trabajos de excavación

no estaban inicialmente contemplados y fueron ejecutados por Astaldi ante órdenes expresas del Estado de Honduras, emitidas como Modificaciones al objeto contractual. Los trabajos debieron de pagarse al precio establecido bajo el Item 4 de la Lista de Cantidades y Precios Unitarios de la Oferta. Los ítems de pago Subexcavación y Excavación común no clasificada involucran la realización de actividades distintas para el Contratista, lo que lógicamente supone costos diferentes. Además, deberá de ser tratada y pagada como subexcavación toda excavación que fuere ordenada por la Administración al Contratista, ya sea por instrucción del ingeniero de la supervisión o de la Administración Contratante de manera directa, que involucren las actividades de excavación, remoción, acarreo y disposición final y tratamiento en el botadero autorizado, y ello es así, al margen de cualquier consideración sobre si el trabajo se realiza por debajo de la sección transversal de la vía, porque en esencia se trata de actividades iguales que suponen costos iguales, y cuya realización no estaba originalmente contemplada en el Contrato, pero que fue ordenada al Contratista en virtud de la potestad de imperio del Estado de Honduras de modificación contractual y en aras de una mejor satisfacción del interés público involucrado.

49. En respuesta a este Reclamo la Demandada formuló las siguientes consideraciones en su Memorial de Contestación y en la Dúplica: el reclamo no procede, porque la obra reclamada como Subexcavación corresponde a Excavación Común y cita como respaldo las Especificaciones Técnicas numeral 5.1, Manual de Carreteras Sección 203, Especificaciones Generales DGC 1976, numeral 3.7.5, Oficio de Supervisión No. 01-FG-C01-014-06. En el Documento de Licitación y en el Contrato, se establece en el numeral 2.2 que los documentos que forman el Contrato, se interpretaran de acuerdo con un orden de prelación, cuyo punto No. 6) indica que en las Especificaciones Técnicas se contiene la siguiente NOTA IMPORTANTE: “Todo lo no contemplado en las Especificaciones Generales para construcción de Caminos del Manual de Carreteras de SOPTRAVI o en su defecto, por las Especificaciones Generales de la Dirección General de Carreteras (antes Dirección General de Caminos)

versión de Agosto de 1976". Conforme con la liquidación de las cantidades de obra, se le pagó al Contratista como subexcavaciones, todas las excavaciones hechas por debajo de la sección transversal de la vía, incluyendo los cortes de la cuña comprendida entre el límite del pie del talud. La excavación ejecutada en el terreno natural, comprendida entre el límite del pie del talud y sobre el derecho de vía, se le pagó como Excavación Común no Clasificada. Conforme a la Cláusula 5 Excavación Común o no Clasificada "El volumen de la subexcavación no es vinculante con la forma de pago". Lo anterior por cuanto las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos del Manual de Carreteras del SOPTRAVI son parte de los documentos que forman el Contrato y de conformidad con ellas, subexcavaciones son "excavaciones bajo el nivel de la superficie del pavimento o capa de rodadura".

50. El Tribunal entiende que el Reclamo No. 2 se asienta en el desacuerdo que surge entre las partes, para establecer cómo se deben interpretar los hechos dentro de las distintas normas o Especificaciones Técnicas que conforman el marco jurídico del Contrato, para definir si los trabajos realizados se corresponden con la figura de la Excavación Común o con lo que las partes han llamado Subexcavación. Por ello es importante reconstruir los hechos vinculados con el tema específico, de la siguiente manera: a) La demandante desarrolla los hechos en los que fundamenta el Reclamo No. 2 a partir del Hecho No. 35 de su Memorial, en el que describe que el Proyecto de Mejoramiento Carretera CA5 Norte, Taulabé – La Barca, contempla tres sectores, entre ellos el sector comprendido entre las Estaciones 179+000 y 192+000, en el que según lo establecido en los Documentos de la Licitación y el Contrato, se tenía que reforzar el pavimento existente en las dos vías. Sin embargo, durante la ejecución del Proyecto, SOPTRAVI decidió cambiar lo pactado, aumentando la construcción de la calzada de la carretera de dos a cuatro carriles, dando lugar a una modificación de las cantidades del Proyecto en base a las Modificaciones Contractuales No. 1 y No.2.; b) en el Hecho No. 36 de su Memorial, la demandante explica cómo, mediante Oficio DM-0439-2005 del 25 de julio del 2005, el Ministro del SOPTRAVI inició el procedimiento

administrativo para solicitar del BIRF hacer enmiendas del Convenio de Crédito 4342-HO para mejorar el Proyecto, lo que culminó con la firma de la Primera Enmienda, ordenando la Dirección General de Carreteras al Supervisor del Proyecto, completar y realizar análisis de variantes constructivas, para definir la alternativa de construir cuatro carriles en la llamada Recta de Yojoa, con la ampliación de la calzada existente a ambos lados; c) en el Hecho No. 37 del Memorial, la demandante explica que en la Modificación No. 1 al Contrato, suscrita por las partes el 22 de diciembre del 2005, en el Anexo No. 1 Lista de Cantidades y Precios Unitarios se varió el ítem No. 4 "Subexcavación" de 5.000 m³ en el Contrato original, al valor final de 130.846,17 m³, aumento que es consecuencia de la modificación contractual; d) en el Hecho No. 38 del Memorial de la demandante, se indica que el día 7 de agosto del 2006 el Director General de Carreteras le envió a la demandante, el Borrador de la Modificación No. 2 al Contrato de Construcción, mediante Oficio No. DGC-1464-2006 en el que indicó: *"los incrementos reflejados en este documento se originan principalmente por volúmenes de obra adicional aparecidos en los renglones atinentes a las terracerías y al pavimento, enfatizando que en el primero de estos renglones la mayoría de los trabajos adicionales han sido ya ejecutados por esta empresa especialmente en la zona de la Recta de Yojoa, donde se removieron considerables volúmenes de materiales inestables y se reemplazaron con materiales de préstamo, para ampliar la calzada a cuatro carriles"*; e) por último, en la Modificación No. 2 firmada el 18 de diciembre del 2006, como se expone en el Hecho No. 39 del Memorial de la demandante, documento que consta al Folio 116 del expediente, en su parte considerativa se indica que se han de incrementar los volúmenes de obra en ciertos renglones, especialmente en los rubros de las terracerías y el pavimento, motivado respectivamente por las **masivas sub-excavaciones de materiales altamente inestables y su posterior reposición con material de préstamo.**- En el Folio No. 1738 del expediente aparece el Oficio No. DGC-1989-05 del 25 de agosto del 2005, en el que el Director General de Carreteras le indica a la firma Astaldi, que para poder continuar con las gestiones pertinentes a la modificación del Contrato, le remiten un estimado preliminar de las cantidades de obra a

incrementar para su conocimiento y análisis, solicitándole que verifique si la empresa se encuentra en la disposición de completar el Proyecto, documento que fue previo a la firma de la Modificación No. 2 al Contrato, lo que prueba que las partes se pusieron de acuerdo en lo que corresponde a las cantidades de obra a incrementar, lo que aparece reflejado en el Anexo No. 1 de dicha Modificación. A partir de estos hechos que el Tribunal tiene por probados con los documentos de cita y con los alegatos de las partes, verifica que los pagos de los materiales los inició la Administración cancelándolos como Subexcavación y no es sino a partir de la estimación de pago No. 11 que procedió, por decisión propia, a cancelar esos rubros como Excavación Común no Clasificada, lo que provocó la Nota No. AST-SUP-TLB-097-06 del 3 de agosto del 2006 (Folio 1740 del expediente), en la que la demandante acusa el desacuerdo con los pagos, reservando su derecho de reclamar las diferencias cuando fuere oportuno.

51.- La demandante fundamenta el Reclamo No. 2 de su Memorial en los antecedentes que se han referido, para indicar ante el Tribunal, que la esencia del trabajo realizado fue remover cantidades importantes de materiales inestables, que por ser inservibles para el Proyecto, debían ser transportados y depositados en los botadores elegidos previamente por la Administración, lo que indica que se trataba de Subexcavación. La representación del Estado de Honduras acude a su alegato en el sentido que las Especificaciones Técnicas numeral 5.1, el Manual de Carreteras Sección 203, las Especificaciones Generales DGC 1976, numeral 3.7.5, Oficio de Supervisión No. 01-FG-C01-014-06, indican que las labores realizadas son las de Excavación Común o No Clasificada. Examinados los alegatos de ambas partes y los antecedentes del Contrato, el Tribunal tiene por acreditado que los trabajos realizados por la empresa, se corresponden con los documentos de negociación de las Modificaciones No. 1 y No. 2 al Contrato principal en virtud de las cuales, se amplió el objeto del Contrato para incluir obras adicionales. Como resultado de las negociaciones entre las partes, fueron también modificados los Anexos No. 1 del Contrato, pasando el ítem de Subexcavación de la cantidad de cinco mil

metros cúbicos, primero a la de ciento treinta mil ochocientos cuarenta y seis punto diecisiete metros cúbicos y luego a ciento treinta mil metros cúbicos en la Modificación No. 2. Afirma la representación del Estado de Honduras, en defensa de sus intereses, que se le pagó al Contratista como Subexcavaciones, todas las Excavaciones hechas por debajo de la sección transversal de la vía, incluyendo los cortes de la cuña comprendida entre el límite del pie del talud y que la Excavación ejecutada en el terreno natural, comprendida entre el límite del pie del talud y sobre el derecho de vía, se le pagó como Excavación Común No Clasificada, conforme a la Cláusula 5 de las Especificaciones Técnicas del pliego de peticiones. Agrega, también, la Procuraduría General de la República, que las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos del Manual de Carreteras del SOPTRAVI son parte de los documentos que forman el Contrato y de conformidad con ellas, Subexcavaciones son “excavaciones bajo el nivel de la superficie del pavimento o capa de rodadura”. Esta manera de argumentar, implica la desaplicación de la Norma 12 de las Especificaciones Técnicas que es, precisamente, la que define el concepto técnico de “Subexcavación”, para indicar que la diferencia básica entre la actividad de la Excavación Común No Clasificada y la Subexcavación, es que el material procedente de la Subexcavación no es utilizado posteriormente, sino que es depositado en botadores autorizados; luego indica la norma que el precio de este trabajo incluirá toda la mano de obra, equipo, herramientas y demás imprevistos necesarios para excavar, remover, trasladar y depositar el material extraído, conforme a (sic) estas Especificaciones. Estos conceptos técnicos se oponen a la definición de la Excavación Común o No Clasificada, la que expresa que “Incluirá la provisión, colocación y/o retiro de cualquier estibado y apuntalamiento necesarios para el trabajo como aquí se describe, y el relleno de respaldo y compactación con materiales apropiados, de las áreas excavadas no ocupadas por las estructuras. El material usado en el relleno de respaldo se obtendrá de las áreas excavadas.” Corresponde, en consecuencia, dilucidar la diferencia surgida entre las partes, para lo cual el Tribunal parte del Contrato Administrativo aprobado por el Congreso Nacional mediante Decreto No. 4-2005, publicado en La Gaceta del 26 de febrero del 2005, en su Anexo III,

Condiciones del Contrato, Cláusula 2.3 de la Interpretación, al indicar que los documentos que forman el Contrato se interpretan de acuerdo con el siguiente orden de prelación: 1) Contrato; 2) Carta de Aceptación; 3) Oferta del Contratista; 4) Datos del Contrato; 5) Condiciones del Contrato; 6) Especificaciones Técnicas; 7) Planos; 8) Lista de Cantidades; y, 9) Todo otro documento que los Datos del Contrato indiquen que forma parte del Contrato. Siendo que en la parte considerativa de la Modificación No. 2 al Contrato se señala “Que el Consorcio supervisor ha elaborado un Informe Especial respaldando la necesidad de incrementar los volúmenes de obra en cierto renglones, especialmente en los rubros de las terracerías y el pavimento, motivado respectivamente por las masivas sub-excavaciones de materiales altamente inestables y su posterior reposición con material de préstamo...”; y siendo también que en las dos modificaciones al Contrato, en los Anexos identificados con el No. I, Lista de Cantidades y Precios Unitarios, se hizo variar el ítem de subexcavaciones haciéndolo pasar de la cantidad estimada originalmente de 5.000 metros cúbicos, a la cantidad de 130.000 metros cúbicos, estos textos son por el orden de prevalencia, los que privan para resolver el caso concreto, estima el Tribunal que el espíritu de la letra expresada en el Contrato y sus Modificaciones por las partes contratantes, se orienta en el sentido de entender, desde el punto de vista técnico, que la estipulación que define la remoción, el traslado y la disposición final de los materiales altamente inestables y su posterior reposición con material de préstamo, cae dentro de los términos de la Cláusula 12 de las Especificaciones Técnicas como Subexcavación y no dentro del concepto de Excavación Común al que alude la Especificación Técnica No. 5. La interpretación de las normas involucradas en este extremo del fondo de la diferencia, obliga al Tribunal a tomar en cuenta, en primer lugar, los textos del Contrato y sus Modificaciones, luego las Condiciones del Contrato y las Especificaciones Técnicas, para compatibilizarlas con los precedentes ocurridos entre las partes en las etapas de negociación que condujeron a la aprobación de las Modificaciones del Contrato, así como a los Hechos Nos. 35, 36, 37, 38 y 39 del Memorial de la demandante y con los documentos que les dan soporte, que fueron aportados

como anexos al Memorial y citados por la demandante, en tanto que no fueron contradichos o impugnados por la representación del Estado Hondureño, ni cuestionados con prueba en contrario y, en consecuencia, lo que procede es declarar con lugar el Reclamo No. 2, en los términos solicitados en el Memorial por la demandante, extremo que se liquidará como luego lo dispone este Laudo.

52.- Sobre el Reclamo No. 3, del no reconocimiento y pago del Aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30.

Lo formula la Demandante con fundamento en los siguientes alegatos: En el Addendum No. 1 a los documentos de Licitación se comunicaron las siguientes aclaraciones y enmiendas: “Para fines de medición y pago, se divide el Item No. 15 “Carpeta Asfáltica” en los siguientes conceptos de obra: 15.A-Carpeta Asfáltica Intermedia (Binder), sin incluir cemento asfáltico: 95,000 Toneladas Métricas. 15.B-Carpeta Asfáltica de Rodadura, sin incluir cemento asfáltico: 50,000 Toneladas Métricas. 15.C.-Cemento Asfáltico Tipo AC-20 para Mezcla. (Ambas Carpetas): 2.600.000 Galones. A los propósitos indicados, se acompaña la nueva Lista de Cantidades y Precios Unitarios, Sección 7 de los documentos, que incluye los anteriores y otros ítems y que sustituye a la entregada originalmente.” El Contratista en cumplimiento de lo anterior utilizó Asfalto AC-20. Durante la primera etapa de colocación del Binder, de la estación 140 a la 166 se presentaron fisuras tempranas en el Binder colocado, por lo que se concluyó que era necesario realizar cambios en la mezcla asfáltica. Mediante Oficio EUGT CA5S090-05, el Gerente General comunicó al Contratista un Informe Técnico sobre la revisión al diseño de la mezcla asfáltica intermedia para el Proyecto. La Supervisión y SOPTRAVI introdujeron un cambio total en la mezcla asfáltica, en la que se usaría Asfalto AC-30, y se incorporaba el 1.5% de cal a la mezcla asfáltica y se adicionaba el 0.5% de aditivo Shell Bond. El 9 de noviembre del 2005, el Contratista transmitió a la Supervisión la Hoja de Análisis del Precio Unitario para el Cemento Asfáltico, tipo AC-30, por un valor de \$2.00 más Lps 5.65 por galón. Mediante Oficio EUGT-CA-5S102-05 del 15 de noviembre del 2005, consideró que el precio por galón de asfalto es “razonable y conveniente”. No obstante, la Supervisión solicitó tomar en cuenta

algunas observaciones y ratificar en consecuencia la ficha de costo para su aprobación correspondiente. Con referencia a la Nota de la Supervisión, el Contratista expresó su acuerdo en el cálculo propuesto por la Supervisión de Lps 42.41 por galón de Asfalto AC-30. En Reunión Mensual de Trabajo de noviembre del 2005, los participantes establecieron que el Contratista debería presentar las Fichas de Costo para materiales como la cal y el ligante asfáltico. Mediante Nota AST-SUP-TLB-114-05 el Contratista entregó a la Supervisión información sobre la colocación de la mezcla asfáltica de rodadura. En reunión del 11 de enero del 2006, se confirmó la necesidad de elaborar una nueva tipología de mezcla que incluyera cal hidratada y un aditivo antistripping. Mediante Nota AST-SUP-TLB 010-06 del 19 de enero del 2006 se estableció el precio del aditivo en 416.10 Lps/galón. Igualmente se notificó que por la urgencia del trabajo la inclusión del aditivo ya se estaba ejecutando y por lo tanto dicha variación debía considerarse un evento compensable. En Oficio No. SUP-AST-230106-1 del 23 de enero del 2006 se comunicó que la aplicación de aditivos resultaría debida “al tipo de agregado fabricado por el Contratista, que requiere aditivos dada su naturaleza”. En Nota SUP-AST 250106-1, la Supervisión confirmó la necesidad de utilizar el aditivo Shell Bond. El Contratista mediante Nota AST-SUP-TLB 032-06 acreditó que los agregados utilizados para la mezcla asfáltica cumplían con lo solicitado en el pliego de la Licitación. Además se recordó que el Banco de Materiales utilizado cumplía con todas las exigencias del Contrato. Mediante Oficio DGC No. 1460-07 el Director General de Carreteras denegó el pago del monto reclamado por concepto del aditivo, por cuanto su aplicación se consideró conveniente debito a las características del agregado producido por el Contratista.

53. La demandante fundamenta su Reclamo No. 3, tanto en su Memorial como en la Réplica, en las siguientes **Consideraciones de fondo**: El reclamo se sustenta en el Artículo 71 de la Ley de Contratación del Estado. Las Especificaciones Técnicas del Proyecto definen los requerimientos de los agregados que deben usarse para la mezcla asfáltica, y el Banco de materiales fue debidamente aprobado. La necesidad de aumentar la adherencia de la

mezcla es conforme con lo dispuesto en el Addendum No. 1, Numeral 24. Este reclamo también se fundamenta en lo dispuesto en la Cláusula 20A.2.4 de las Especificaciones Técnicas. En ninguno de los documentos emitidos por los técnicos como soporte de la Modificación No.1 se acusan deficiencias en los trabajos realizados por Astaldi, menos aún incumplimientos técnicos de los agregados triturados utilizados en su elaboración (Oficio EUGT-CA-5S-090-05). Las comunicaciones realizadas entre las partes al momento del evento, así como los informes técnicos, a excepción de las resoluciones finales en donde se rechazaron los reclamos de Astaldi, afirman que las fallas detectadas en la colocación de la capa de Binder se debieron a defectos en las especificaciones, los valores y las instrucciones dadas por el Estado de Honduras, por errores en la planificación y concepción del Proyecto. Lo instruido por la Administración consistió en una modificación del Objeto contractual, imprevisible para el Contratista y de responsabilidad para el Contratante y constituye un Evento Compensable, al tenor de lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, Sección 3, denominada Condiciones del Contrato, Condición 44.1, inciso g) y Condición número 44.2.

54. En respuesta a este Reclamo la demandada formuló las siguientes consideraciones en su Memorial de Contestación y en la Dúplica: No procede el Reclamo No. 3, ya que la necesidad de aplicación del aditivo resulta conveniente debido a las características, calidad y tipo de agregado producido por el Contratista, Especificaciones Técnicas numerales 20.A y 20.B. En la Modificación No. 1 al Contrato, se incorporó el AC-30 y la cal hidratada a la lista de productos a los que se aplicará el ajuste de precios y que están sujetos a dispensa de impuestos, el Shell Bond no aparece incluido, lo que significa que el Contratista está obligado a absorber dicho costo en virtud de que la nueva fórmula o mezcla de trabajo fue propuesta por el Contratista y aprobada por el Gerente de Obras.

55. El Artículo 71 de la Ley de Contrataciones del Estado, invocado como fundamento de su reclamo por la demandante dispone literalmente: ***“Ejecución***

de las Obras.- Las obras se ejecutarán con apego estricto al Contrato y a su anexos, incluyendo eventuales modificaciones, y a las instrucciones por escrito que fueren impartidas al Contratista, por el Supervisor designado por la Administración. Durante la ejecución de la obra y hasta que expire el período de garantía de la misma, el contratista será responsable de las fallas o desperfectos que ocurran por causas que le fueren imputables, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente calificada. No será responsable el contratista por eventuales deficiencias o imprevisiones en el diseño o en la supervisión de la obra, a menos que siendo conocidas no las denunciare, o cuando se tratara de contratos 'llave en mano'. El contratista será también responsable de los daños y perjuicios que pueda causar a terceros.”. La norma alude, en consecuencia, a tres principios esenciales para el proceso de construcción del Proyecto y que son de interés para resolver el Reclamo No. 3 de la Demandante, que nos ocupa: primero, que la obra se debe construir con apego total a lo que estipule el Contrato, sentido lato, y a las instrucciones que le imparta el Supervisor; segundo, que el Contratista no es responsable de las fallas o desperfectos que se originen en causas que no le sean imputables; y, tercero, que tampoco es responsable por las deficiencias o imprevisiones en el diseño o la supervisión de la obra. En el criterio del Tribunal, ambas partes coinciden en afirmar que las disposiciones técnicas de la carpeta asfáltica fueron especificadas (diseñadas) en la Sección 5 del Cartel, Especificaciones Técnicas, en la Cláusula No. 20. En las normas se encuentra la No. 20A.2.9 “Diseño”, que indica que *“El Contratista deberá suministrar al Ingeniero con suficiente antelación a la pavimentación, muestras representativas de los agregados y del cemento asfáltico que se propone utilizar, así como la fórmula de trabajo que utilizará. El Ingeniero con base en ellas aprobará la fórmula o mezcla de trabajo, a la cual el Contratista se deberá ajustar dentro de las tolerancias especificadas en el artículo 2.9.4 de estas especificaciones...”*. Por otro lado, la norma 20A.2.2 indica que el material betuminoso para el concreto asfáltico será cemento asfáltico tipo AC-20, que debe cumplir con los requisitos establecidos en la norma AASHTO M20 o AASHTO M226 para el grado especificado. De conformidad con el Hecho No. 56 del Memorial de la

demandante que no es un hecho controvertido, puesto que la demandada no cuestionó o desacreditó con prueba alguna, las reparaciones del Binder se originan en el diseño de la especificación que fue aprobada por la Administración, como se indica en la Norma 20A.2.9 antes referida. Como las Especificaciones Técnicas del Cartel de la Licitación definen los requerimientos de los agregados que deben usarse para la elaboración de la mezcla asfáltica y el Banco de Materiales fue aprobado por la Administración, como se demuestra con el Oficio No. AST-SUP-TLB-032-06 del 25 de febrero del 2006, que fue enviado por la demandante a la firma Supervisora del Proyecto, debe concluirse que el diseño de la mezcla asfáltica original, fue aprobado por el Ingeniero de la Administración quien autorizó su utilización. Al presentarse las fisuras tempranas en el Binder colocado, la Administración tomó la decisión de corregir las fallas, como se observa en la Ayuda de Memoria de la Reunión Mensual de Noviembre del 2005 del día 30 de noviembre de ese año. De este documento se extraen las siguientes conclusiones: el grupo de trabajo decide, en el punto No. 2, que se debe plantear la metodología a seguir para la reparación de los daños existentes en la carpeta ya colocada; la Supervisión acota que en vista de los resultados negativos que se han producido en el Binder por efectos del agua, lo ideal sería un recarpetado completo del Binder actual, pero está la limitante del aspecto presupuestario. El Ing. Reyes está de acuerdo en realizar el recarpetado completo, siempre y cuando se tenga presupuesto disponible. Luego, el 23 de enero del 2006, el Jefe del Proyecto le envió a Astaldi el Oficio No. SUP-AST-230106-1, en el que se indica que la necesidad de aplicación del componente Shell Bond I en la proporción de 0.5% del asfalto requerido para la mezcla, resulta conveniente debido al tipo de agregado fabricado por el Contratista, con productos procedentes del Banco del río Humuya, que requieren aditivos por su naturaleza, tal como viene indicado en el anejo geotérmico del Proyecto de construcción, explicando, de inmediato, cómo se debe aplicar el costo adoptando el mismo criterio para el suministro de la cal. Y por último, en la Ayuda Memoria de la Reunión Mensual en enero del 2006, celebrada el día 3 de febrero, se observa como en el punto No. 1 se recomienda al Ing. Alvaro Martínez usar el aditivo Down Corning, que

el Shell Bond también debe ser aplicado y en el punto No. 3, se analiza el tema de la metodología para reparar el pavimento dañado, señalando que se espera el dictamen definitivo del Ing. Francisco Alvarado, para tener los costos de la reparación.

56.- Lo que corresponde es resolver si el Reclamo No. 3 de la demandante, que se refiere al pago del aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30, fue una necesidad técnica de la corrección del diseño de la mezcla asfáltica, como fue originalmente aprobada por la Ingeniería del Proyecto, o si se trató de una necesidad debido a las características, calidad y tipo de agregado producido por el Contratista. Examinados los alegatos de las partes y las pruebas presentadas por las partes, para el Tribunal de Arbitraje es incuestionable que el tema del diseño de la mezcla asfáltica, por disposición expresa de la Cláusula No. 20A.2.9 de las Especificaciones Técnicas, con relación a las normas que definen todo lo concerniente a la Carpeta Asfáltica del Proyecto, es un concepto técnico que lo define claramente el Cartel de la Licitación, lo que obliga al Contratista a elaborar la fórmula que utilizará, para someterla al análisis y aprobación del Ingeniero del Proyecto. Por tal motivo, se exige que se entregue junto con la fórmula, muestras representativas de los agregados y del cemento asfáltico, para que la Administración pueda hacer una evaluación satisfactoria para los intereses del Proyecto. Es absolutamente claro que no puede el Contratista utilizar un diseño de la mezcla asfáltica de su propia inventiva; la normativa del Contrato se lo impide. La decisión de diseñar la fórmula de la mezcla asfáltica no la puede tomar unilateralmente el Contratista, sino hasta después que el Ingeniero del Proyecto haya sometido la fórmula a los exámenes técnicos necesarios para comprobar que lo que se autoriza, cumple con las exigencias técnicas que se incluyen en el Pliego de Condiciones. Esta es la misma razón por la que el diseño sustituto, a base de Asfalto AC-30, de cal hidratada y de Shell Bond, también debió someterse a la aprobación del Ingeniero del Proyecto y ser autorizada por la Administración y todo ello, en protección del interés público que está involucrado en el tema. Es evidente que la primera fórmula que aprobó el Ingeniero del Proyecto falló, lo

que causó las fisuras tempranas en el Binder colocado y es también notorio que, al elaborarse una segunda fórmula con una composición distinta, se corrigieron las fallas. Por esta razón, estima el Tribunal que no existe prueba técnica que impute la responsabilidad de las fallas a la empresa Contratista, sino a la composición de la fórmula para elaborar la mezcla asfáltica, que proviene precisamente del pliego de condiciones y del Contrato. En consecuencia, estima el Tribunal que el costo del aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30 no fue una liberalidad del Contratista, ni una contribución suya a favor del Proyecto, sino una necesidad impuesta por las reglas unívocas de la ciencia y la tecnología, adoptada en la condición de medida correctiva por la Administración, con el objeto de enmendar un diseño técnico que no rindió los frutos esperados y que las partes entendieron, nítidamente, que se originaba en la aplicación de las normas del Cartel para el diseño de la mezcla asfáltica original. En consecuencia, los resultados fueron los de una modificación contractual de origen técnico que aumentó el costo del Proyecto por una causa no imputable al Contratista, y por ello, de conformidad con lo que dispone el Artículo 71 de la Ley de Contratación del Estado, lo que procede es declarar con lugar el Reclamo No. 3 de la Demandante, que se liquidará como luego se expresa.

57. Sobre el Reclamo No. 4, los gastos relacionados con la utilización del Banco de Préstamo Yure. Durante la ejecución del Proyecto se debía ejecutar, como parte de la construcción de la obra, la terracería para tres carriles de la carretera y el Contratista alega que se encontró con la existencia de los materiales de corte dentro de la sección con grandes cantidades de agua, que sobrepasaban en muchos puntos a la humedad óptima del material definido en el Cartel, lo que imposibilitaba el uso del mismo. Los Bancos de Terracería indicados en el Addendum 2 y en los planos originales se encuentran fuera del área constructiva del Proyecto, lo que obligaba a la Administración a tener que pagar Sobre Acarreo por las diferencias en las distancias. Evidentemente, para no pagar el concepto de “Sobre-Acarreo”, el Supervisor indicó a Astaldi que utilizara el Banco de Préstamo Yure ubicado a

una distancia de 3 Kms. Con la utilización de Banco de Yure la Administración Contratante ahorró el pago de una cantidad considerable por concepto de "Sobre Acarreo", trasladándole el costo al Contratista, por cuanto el acarreo de materiales de dicha fuente implicaba una mayor dificultad para el Contratista, por tener unas condiciones de camino de cerro, con pendientes fuertes y el ancho de la calle no apto para acarrear material, afectándose rendimientos y costos en la ejecución de la actividad, modificándose las actividades como fueron programadas y en base a lo que se ofertó por el precio de acarreo. En vista de la problemática, SOPTRAVI informó a la Supervisión del Proyecto sobre la disponibilidad del Banco de Préstamo ubicado en el kilómetro 162+560. Mediante Oficio UGA-No. 005-06 del 25 de enero del 2006, SOPTRAVI comunicó que dicho Banco cumplía con los requisitos ambientales y por lo tanto autorizó la explotación del mismo. En Reunión Mensual de Trabajo de enero del 2006, SOPTRAVI informó al Contratista que podía empezar la explotación del Banco de San Antonio Yure. Mediante Oficio No. AST-SUP-TLB-021-06, el Contratista expuso sus preocupaciones sobre la explotación del Banco: su ubicación, distancia y factibilidad. La difícil condición del acceso fue también confirmada por una empresa de transporte, Cordon's Heavy Equipment S. de R.L., la que informó que el acceso "presenta pendientes drásticas y el ancho de la calle poco favorable para el tráfico de maquinaria cargada, así mismo se ha considerado la peligrosidad y el riesgo al que se expone el equipo para este trabajo" (Hecho 62 del Memorial de la demandante). Por esta razón el Contratista solicitó considerar para el acarreo del material a extraer de este Banco un incremento equivalente al 100% del valor inicial ofertado para el acarreo. El 13 de febrero del 2006, la Supervisión remitió autorización para la explotación del Banco Yure con las condiciones expresadas en el escrito. En relación con la solicitud de cambio de precio y trabajo, la Supervisión denegó el pago de los costos reclamados. Mediante Oficio No. AST-SUP-TLB 018-07 presentó un reclamo para el pago de los mayores costos generados por el Sobre Acarreo por el transporte de agregados del Banco Yure. Mediante Oficio DGC No. 1460-07 del 3 de febrero del 2006, el Director General de Carreteras denegó el pago reclamado

sustentando su negativa en que es obligación del Contratista asumir los costos y gastos asociados con la explotación de bancos, trabajos ambientales, habilitación y mantenimiento de caminos de acceso.

58. La demandante fundamenta su Reclamo No. 4, tanto en su Memorial como en la Réplica, en los siguientes alegatos: Con la utilización del Banco Yure el Contratante ahorró el pago de una cantidad considerable de kilómetros por Sobre Acarreo a costa de Astaldi. Dada la dificultad de acarreo existente en el Banco Yure, Astaldi reclamó la diferencia en tanto las circunstancias reales no fueron las programadas, en base a lo que se ofertó el precio del acarreo. De conformidad con lo establecido en el Artículo 74 de la Ley de Contratación del Estado, para restablecer el equilibrio económico-financiero contractual es procedente este Reclamo. La revisión o ajuste de precios es un acto administrativo normal del Contrato, por cuanto es procedente conforme lo establecido en las Cláusulas 38. 38.1, 38.2 y 38.3 del Contrato. Este Reclamo se sustenta en la Teoría de la Imprevisión y en el Artículo 74 de la Ley de Contratación del Estado, el que dispone la obligación del Estado de Honduras de ajustar el total de incrementos o decrementos de los precios del Contrato, causados por variaciones en las condiciones económicas, o por otros factores que incidan en los costos de las obras.

59. En respuesta a este Reclamo la demandada formuló las siguientes consideraciones en su Memorial de Contestación y en la Dúplica. No procede el reclamo, ya que es obligación del Contratista asumir los costos y gastos asociados a la explotación de Bancos, trabajos ambientales, habilitación y mantenimiento de caminos de acceso. Como soporte se hace referencia al numeral 7 de las Especificaciones Técnicas (Oficio DGC No. 1460-07 del 3 de febrero de 2006 del Director General de Carreteras).

60. En síntesis, el Reclamo No. 4 se concentra en decidir si de conformidad con lo que dispone la Especificación Técnica No. 7 le corresponde al Contratista asumir los mayores costos asociados a la explotación de bancos,

trabajos ambientales, habilitación y mantenimiento de caminos de acceso o si, por el contrario, le corresponde a la Administración asumirlos y pagarlos al Contratista. El Tribunal tiene por bien probado que en la ejecución de los trabajos del Proyecto, en el Sector comprendido entre los Kilómetros 166 y 179 en el que, de acuerdo a los planos, se debía ejecutar terracería para tres carriles, el Contratista encontró la existencia de materiales de corte con grandes cantidades de agua, que excedían los límites de la humedad óptima del material (laterítico), lo que imposibilitaba su utilización. Las normas del Cartel indicaban que se debían usar los Bancos de Terracería indicados en el Addendum 2 y en los planos originales esos sitios se encuentran fuera del Área Constructiva, lo que habría obligado a la Administración al pago de Sobre Acarreo, que es una categoría de pago contemplada. Sin embargo, el Supervisor del Proyecto decidió que el Contratista utilizara el Banco de Préstamo Yure, que está ubicado a una distancia de tres kilómetros del sitio. El Contratista revisó la ubicación, la distancia y la factibilidad de la explotación de dicho Banco de Préstamo, como consta en el Hecho 62 del Memorial de la Demandante, y constató que la operación del sitio ofrecía condiciones extraordinarias de dificultad que le imponía costos extraordinarios. Es por esta razón que el Contratista envió el Oficio No. AST-SUP-TLB-021-06 del 12 de febrero del 2006, dirigido al Consorcio Euroestudios-Gatesa, a la atención del Ing. Ramón Muñoz, Jefe del Proyecto de Supervisión, indicando que se estimaba un incremento del 50% del valor inicial en acarreo, para poder compensar las dificultades en la operación y solicitar el arreglo de 3 Km del camino al Banco, por el ítem de Administración Delegada, lo que fue contestado negativamente mediante el Oficio No. SUP-AST-130206-2 del día 13 de febrero del 2006. En sede administrativa el reclamo fue denegado, como ha quedado dicho, por estimar la Supervisión del Proyecto que éstos eran gastos que debía asumir el Contratista. En el criterio del Tribunal de Arbitraje, la República de Honduras ha interpretado erróneamente la normativa aplicable al caso concreto. Es cierto, como lo expresa la Cláusula No. 7 de las Especificaciones Técnicas, que es una responsabilidad exclusiva del Contratista, el costo que signifique un cambio posterior a la designación en la

oferta, de la localización de los Bancos de Préstamo, decisión que compete estrictamente a su voluntad, motivo por el cual debe asumir todos los gastos asociados, como lo expresa claramente esa norma Técnica. Sin embargo, en el proceso no se presenta un caso que se fundamente en tales premisas, sino en lo que la doctrina reconoce como la Teoría de la Imprevisión, que ha quedado expuesta en los párrafos superiores, como se puede ver en el Capítulo XIII de este Laudo, párrafos 35 y siguientes. Recordemos que en el desarrollo de los principios del Derecho Público, el autor Roberto Dromi ha expresado que “El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el ius variandi que tiene la Administración a introducir modificaciones en el contrato, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el cocontratante.” En el presente asunto es de relevancia traer la opinión de Miguel S. Marienhoff, en su obra ya citada, páginas 538 y 563 señala que “(...) El Consejo de Estado francés considera como de orden público todo lo atinente a la aplicación de la “teoría de la Imprevisión”, cuya consecuencia práctica esencial es el reconocimiento de los mayores costos (...) El reconocimiento del mayor costo no requiere de estipulación previa al respecto (...) Más aún: Las cláusulas contractuales que excluyen o limitan la responsabilidad estatal emergente del “hecho del príncipe”, o de supuestos que caigan dentro de la teoría de la imprevisión, son írritas si ellas fueren de carácter general (...) Es implícita, no requiere ser pactada por las partes, se aplica de pleno derecho (...) no puede ser objeto de renuncia por parte del cocontratante. En consecuencia, el derecho a invocarla no puede ser válidamente excluido de un contrato, pues implicando éstos la renuncia a invocarla, o la imposición de tal renuncia, ello sería írrito dado el carácter de orden público que reviste (...)”. Y agrega más adelante que “(...) el cocontratante, al celebrar su contrato con la Administración Pública lo hace con el objeto de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.) sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc. El equilibrio económico (...) tiene como punto de partida las prestaciones pactadas una vez perfeccionado

el Contrato y busca que éstas mantengan el resultado económico que cada una de las partes tuvo en cuenta al contratar.”(op.cit. página 469). De esta forma, al encontrar el Contratista en el Sector comprendido entre los Kilómetros 166 y 179, material de corte con grandes cantidades de agua, que lo hacían inútil para el Proyecto y como los Bancos de Terracería indicados en el Addendum 2 se encontraban fuera del área constructiva del Proyecto, fue necesario que la Administración tomara una decisión técnica adecuada: o pagar la tarifa del Sobre Acarreo y traer el material de los Bancos de Terracería o encontrar una solución alterna que cumpliera con las exigencias técnicas y económicas del Proyecto. Este punto concreto se encasilla, por definición, dentro de la Teoría de la Imprevisión y es por ello que al tomar el Supervisor la decisión de que se utilizara el Banco de Préstamo Yure resolvió, como consecuencia, que el Estado de Honduras debía asumir el mayor costo asociado con esa decisión, en la ejecución de la obra. La demandante estimó este reclamo como consta al Folio 58 de su Memorial, monto que no ha sido rebatido por la demandada y en razón de ello, se impone declarar con lugar el Reclamo No. 4, que será liquidado como luego se expresa.

61. **Sobre el Reclamo No. 5, Aumento Precios Diesel y Bunker.** Durante la ejecución del Proyecto, Astaldi fue afectada por continuos incrementos en los precios de los combustibles Diesel y Bunker. Los combustibles y sus derivados aumentaron sensiblemente en el año 2005 superando cualquier previsión posible. Los incrementos en los primeros meses del año 2005 y después de la firma del Contrato, fueron del 15 al 20% para el Diesel y hasta el 36% para el Bunker respecto del precio considerado por el Contratista al elaborar su oferta, variación en el precio que fue amplificado por la correspondiente devaluación del Lempira frente al dólar. El 11 de febrero del 2006, el Contratista mediante Oficio AST-SUP-TLB-018-06, transmitió el detalle del cálculo de aumento del precio de los combustibles y de los productos para la producción de la mezcla asfáltica. El cálculo del mayor costo toma en consideración el doble efecto negativo del aumento del precio de la materia prima y el de la correspondiente devaluación del Lempira frente al dólar. El 20

de febrero del 2006, mediante Oficio 01-FG-C01-021-06, la Administración denegó la petición del Contratista afirmando que la Cláusula No. 47 del Contrato establece cuáles son los conceptos objeto del ajuste de precio para el Proyecto y estos insumos no se encuentran en el listado correspondiente. Además, el Supervisor consideró que este tema fue tratado con los posibles oferentes durante el proceso de licitación, quedando establecido que las modificaciones de precio en otros conceptos o materiales que no fueran los indicados en el Contrato para aplicar ajuste, deberían ser considerados en los respectivos conceptos de pago del Proyecto. Mediante Oficio DGC No. 1460-07 del 26 de agosto del 2007, el Director General de Carreteras denegó el pago del reclamo sustentado en que estos productos no se incluyen el listado de productos que contractualmente están sujetos a ajuste de precios.

62. La Demandante fundamenta su Reclamo No. 5, tanto en su Memorial como en la Réplica, en los siguientes alegatos. En los contratos administrativos debe distinguirse entre el mayor costo previsible, que lo asume el Contratista libremente, por su riesgo y ventura, al hacer la propuesta a la Administración, lo que no genera derecho alguno al pago de reajustes; el mayor costo que no es previsible sí es reajutable. Los reajustes proceden cuando causas externas al Contrato, provocan variaciones en los precios que rebasan toda previsión normal, rompen la economía del Contrato y el necesario equilibrio de intereses que debe existir entre las partes vinculadas con el nexo contractual. El reajuste de precio del Contrato se identifica con el principio de revisión del mismo, para atemperarlo a la realidad económica del momento, lo que se hace por tres medios distintos: la cláusula *rebus sic stantibus* (el contrato debe perdurar mientras subsistan las condiciones existentes en el momento de su celebración), la teoría de la imprevisión y la teoría del enriquecimiento injusto. El reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad del Estado sino una obligación. Los reajustes son y deben considerarse derechos irrenunciables por anticipado. Por la vía reglamentaria no es posible establecer ningún tipo de limitación en esta materia y únicamente podrían establecerse los mecanismos o procedimientos mediante los cuales se hagan los respectivos

cálculos, en cuyo contenido estén comprendidos los parámetros estrictos de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad. La Contratante introdujo en el Contrato - en forma ilegítima e ilegal - una importante limitación al mecanismo para reconocer al Contratista su derecho al reajuste de precios, pretendiendo la imposición de un listado taxativo de insumos sobre cuyas variaciones serían reconocidos los ajustes correspondientes. Las disposiciones limitativas incluidas en las Sub-cláusulas contractuales resultan ilegales y por tanto inaplicables al caso en concreto. Durante esta etapa la Contratista tuvo que enfrentar los altos incrementos de los precios de los combustibles - originados por causas económicas internacionales - lo que no fue previsible para el Contratista, además de una importante devaluación del Lempira con respecto al dólar.

63. En respuesta a este Reclamo la parte demandada formuló sus consideraciones, en el Memorial de Contestación y en la Dúplica. En cuanto al Reclamo en sí mismo, declaró que no procede ya que estos productos no se incluyen en el listado de los que contractualmente están sujetos a ajuste de precios, Cláusula 47 del Contrato de Construcción y Addendum No. 1, numeral 4. de conformidad con Modelos Tipo del Banco Mundial que son uniformes en todo proyecto financiado con fondos de dicho organismo.

64. En resumen, en el Reclamo No. 5 del Memorial, el Contratista pretende que se le reconozcan los reajustes de los precios en los precios de los combustibles, puesto que siendo precios internacionales, los mismos sufrieron variaciones importantes en el período de ejecución del Contrato, sin que ninguna de las partes tuviera posibilidades de poder controlar tal situación. La Administración rechaza este Reclamo aludiendo a que al formalizar el Contrato se incluyó una lista de productos que podrían ser ajustados en sus precios y los combustibles no estaban incluidos en esa lista, aludiendo al Addendum No. 1 numeral 4. Al examinar en el Capítulo XIII, Nos. 35 y siguientes *ut supra*, la doctrina del Derecho público, que atañe a la institución jurídica del equilibrio financiero del contrato, que se origina en la jurisprudencia del Consejo de

Estado Francés, quedó dicho que el respeto al equilibrio financiero del contrato, restableciéndolo cuando la economía del contrato se vea afectada por actos o hechos provenientes de la Administración, o ajenos a las partes, durante la vida ejecutiva contractual, es de interés público, de manera que si durante la vida ejecutiva del contrato administrativo, la economía del mismo sufre menoscabo por acción de la entidad pública contratante, o por otros factores ajenos al contratista, adquiere el derecho a que se le restablezca el equilibrio económico roto, mediante compensación o indemnización, en razón que en el preciso momento de la celebración de un contrato se entiende que han sido incorporadas en el acuerdo de voluntades de las partes, las circunstancias económicas reinantes y el interés que lo motivó, de tal suerte que si por circunstancias imprevisibles e irresistibles se hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una o todas las partes, debe procederse al restablecimiento del equilibrio inicial. Para el Tribunal de Arbitraje es lo que se presenta en torno a este punto específico de su análisis, en el que un factor importante del costo del Proyecto de obra pública, sufre modificaciones por causas exógenas que inciden directamente en el precio del Contrato, justamente porque los bienes que se deben adquirir para ser incorporados en el Proyecto, son regulados por los precios internacionales del petróleo y sus derivados, sin que ninguna de las partes involucradas puedan mitigar sus efectos negativos dentro de la economía del contrato de obra pública. La previsión adoptada por la Administración en los documentos del contrato público, elaborando una lista corta de bienes y materiales cuyos precios podrían ser reajustados, no puede tener la virtud de trasladar los mayores costos del contrato, originados en motivos ajenos a la voluntad contractual libremente expresada, como una carga financiera adicional que debe ser asumida por el Contratista, puesto que bajo ese presupuesto se darían las consecuencias de un enriquecimiento ilícito a favor de la Administración, lo que resulta ser contrario a los principios, valores y normas que protegen los derechos fundamentales de las personas. Recordemos que el Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública establece el orden jerárquico de la normativa jurídica y que el Artículo 22 de la Ley de Contratación del Estado,

indica que los contratos que celebre la Administración se someten a la legislación nacional; y como quedó analizado anteriormente en los párrafos No. 30 y siguientes del presente Laudo, el Artículo 28 *ejusdem* desarrolla un principio general al expresar que los precios ciertos y determinados que se pagan al contratista, deben serlo de acuerdo con la ejecución real de las prestaciones a su cargo, lo que tiene relevancia en relación con el inciso 9) del Artículo 31 LCE, que obliga a la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones a “Estudiar y preparar fórmulas para el reconocimiento de escalamiento de precios y mayores costos en la contratación administrativa, según dispone la presente Ley, y someterlos al Poder Ejecutivo para su aprobación...”. Evidentemente, el legislador de la República de Honduras ha reparado en el hecho incuestionable, que en la contratación administrativa el Estado debe anticipar las variaciones de los precios que se puedan ver alterados por diversas causas y que es su deber, también, mantener el equilibrio económico y financiero del contrato y por ello en los Artículos 74, 75 y 76 de esa misma Ley desarrolla la institución de la revisión de precios por factores que inciden en los costos de las obras, siendo de singular importancia para la resolución de este asunto, el párrafo primero del Artículo 74 que ordena a la Administración el deber de ajustar mensualmente **el total** de los incrementos o decrementos de los precios del contrato causado por variaciones de las condiciones económicas, incluyendo inflación, devaluación monetaria, nuevas leyes y otros factores que incidan en los costos de la obra. De esta manera, por la vía del cartel de una licitación, que a lo sumo tiene valor reglamentario, se ha dejado sin valor una norma jurídica de rango superior según lo que dispone el Artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, lo que es contrario al Artículo 8 *ejusdem*. En razón de lo examinado, el Tribunal de Arbitraje tiene por acreditada la infracción a los Artículos 74, 75 y 76 de la Ley de Contratación del Estado, y del deber que impone el inciso 9) del Artículo 31 *ejusdem*, para actualizar y dictar normas y fórmulas para el reconocimiento de escalamiento de precios y de mayores costos, ocurriendo, como consecuencia, la violación por desaplicación de normas legales, en razón de la aplicación de disposiciones del cartel de la licitación, que siendo de rango

inferior, no podían vaciar de contenido derechos subjetivos y expectativas de derecho legítimas reconocidas por la Ley de Contratación del Estado. Las variaciones de precios de los artículos derivados del petróleo es un fenómeno económico ajeno a la voluntad de las partes, puesto que se originan en la oscilación de precios internacionales, como ya ha quedado dicho, y no se puede rechazar la pretensión de la demandante, sin incurrir en una violación al derecho a la intangibilidad patrimonial de la empresa y a la inminente consecuencia de producir un enriquecimiento ilegítimo a favor del Estado de Honduras. Por ello, se impone declarar con lugar el Reclamo No. 5 de la demandante, que será liquidado como luego se expresa.

65. Sobre el Reclamo No. 6, la Reparación del Binder colocado en los Kms 142 a 166. El Contratista Astaldi, en cumplimiento de la Especificación Técnica No. 20A.2.2, utilizó para la colocación de la capa de Binder Asfalto AC-20. Durante la primera etapa de colocación de Binder de la estación 140 a la 166, se presentaron fisuras tempranas en el Binder colocado, por lo que se decidió realizar cambios en la mezcla asfáltica. El 24 de octubre del 2005, en Oficio EUGT CA5S090-05 el Gerente General comunicó al Contratista un informe técnico sobre la revisión del diseño de la mezcla asfáltica intermedia para el Proyecto. La Supervisión concluyó que con el diseño revisado se evitaría el desgarre observado en el concreto asfáltico y serviría para combatir el agua que puede contaminar el asfalto. En Reunión del 11 de enero del 2006, se introdujeron elementos adicionales a las especificaciones contractuales para solventar los problemas de fisuras. Se definió el cambio de carpeta asfáltica utilizando AC-30 y aditivos: cal y Shell Bond. Entonces se procedió a extraer de la carpeta aquellos cuadros figurados en el Binder ya colocado conforme a las especificaciones originales entre las estaciones indicadas, para ser sustituido por el nuevo Binder. No obstante, dicha sustitución del Binder implicó un trabajo adicional por el corte, el retiro y su disposición final del cuadro figurado, dicho trabajo no fue pagado a Astaldi. La firma Supervisora del Proyecto consideró que no procedía el pago de costos mayores en que incurrió el

Contratista, por considerar que la misma es responsable por la calidad de los materiales y el producto final entregado.

66. La demandante fundamenta su Reclamo No. 6, tanto en el Memorial como en la Réplica, en los siguientes alegatos. La Especificación No. 20A.5 no es aplicable al Reclamo de Astaldi, ya que se refiere a reparaciones por cuenta del Contratista que deban efectuarse por deficiencias en la calidad de la mezcla, por señales de sobrecalentamiento, o defectos de calidad, construcción o acabado con respecto a lo especificado. La instrucción que la Administración hizo a Astaldi para que procediera a la realización de las labores de corrección del Binder dañado, y que implicaron la utilización de recursos de mano de obra, equipos y materiales, consistieron en la realización de trabajos adicionales no contemplados en el Objeto contractual, resultando en labores imprevisibles para el Contratista y de responsabilidad de la Administración Contratante (Pliego de Condiciones, Sección 3, Condición 42.2 y 44.1 inciso g).

67. En respuesta a este Reclamo, la parte demandada formuló las siguientes consideraciones en su Memorial de Contestación y en la Dúplica. El Reclamo No. 6 es improcedente, ya que el Contratista es responsable por la calidad de los materiales y el producto final entregado, Contrato de Construcción, Cláusulas 35.1 y 36. 1; Especificaciones Técnicas, numerales 20.A.5 y 20.A.3.10, Manual de Carreteras Sección 401.03.

68. El Reclamo No. 6 se limita al cobro de las consecuencias o costos asociados con el Reclamo identificado con el No. 3 para el reconocimiento y pago del aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30. En efecto, como quedó resuelto el Reclamo No. 3, los hechos que se examinaros indican que el Contratista Astaldi en cumplimiento de la Especificación Técnica No. 20A.2.2 del Cartel de la Licitación, utilizó para la colocación de la capa de Binder Asfalto AC-20. Durante la primera etapa de colocación de Binder de la estación 140 a la 166, se presentaron fisuras tempranas en el Binder colocado, por lo

que la Administración decidió realizar cambios en la mezcla asfáltica. El 24 de octubre del 2005, en Oficio EUGT CA5S090-05, el Gerente General comunicó al Contratista, el informe técnico realizado sobre la revisión del diseño de la mezcla asfáltica intermedia para el Proyecto. La Supervisión concluyó que con el diseño revisado se evitaría el desgarre observado en el concreto asfáltico y serviría para combatir el agua que puede contaminar el asfalto. En Reunión del 11 de enero del 2006, se introdujeron elementos adicionales a las especificaciones contractuales para solventar los problemas de fisuras. Se definió el cambio que fue aprobado definitivamente, utilizando para la carpeta asfáltica Asfalto AC-30 y aditivos cal y Shell Bond. Entonces se procedió a extraer de la carpeta aquellos cuadros figurados en el Binder ya colocado conforme a las especificaciones originales entre las estaciones indicadas, para ser sustituido por el nuevo Binder. El Tribunal, al resolver el Reclamo No. 3 consideró que la decisión para utilizar mezcla asfáltica no es un asunto que el Contratista pudiera resolver unilateralmente, puesto que las disposiciones contractuales lo obligan a realizar un diseño siguiendo las especificaciones técnicas, que luego deben ser sometidas al conocimiento del Ingeniero del Proyecto, para que se realicen los exámenes técnicos necesarios para comprobar que lo que se autoriza, cumple con las exigencias técnicas que se incluyen en el pliego de condiciones. Asume el Tribunal, con la prueba que ha valorado tanto para resolver el Reclamo No. 3 como el Reclamo No. 6, que el de la mezcla asfáltica es un problema técnico que se radica en las disposiciones del pliego de condiciones, de manera que las medidas correctivas ordenadas por la Administración implican una modificación parcial del Contrato, por causas que son ajenas a la voluntad del Contratista, sobrevivientes, imprevistas, que se encasillan dentro de la teoría de la restitución del equilibrio económico financiero del contrato y como tal, debe reconocérsele al Contratista el mayor costo que haya generado la actividad. Por idéntica razón, en virtud del principio que lo accesorio debe seguir a lo principal, deben ser reconocidos al Contratista los gastos asociados que se han producido y por ello, lo que procede es declarar con lugar el Reclamo No. 6 de la demandante, que se liquidará como luego se expresa.

69. **Sobre el Reclamo No. 7, Reconocimiento del Reajuste de Precios como consecuencia del incremento en el Salario Mínimo.** Los Acuerdos Nos. STSS-029-05 del 28 de marzo del 2005 y 027-STSS-06 del 25 de marzo del 2006, emitidos por el Presidente de la República, provocaron un incremento en los salarios mínimos por jornada diaria de los trabajadores. En cumplimiento de dichos Acuerdos, conforme con las normas legales, el Contratista ajustó los valores del salario de sus trabajadores, lo que provocó una diferencia de valor de salario utilizado por el Contratista al elaborar su oferta con respecto a los salarios pagados a sus obreros durante la ejecución de las Obras. Mediante Oficio DGC No. 1460-07 del 26 de agosto del 2007, el Director General de Carreteras denegó el pago del reclamo por este concepto, argumentando que no procede porque no se incluye en el listado de insumos que contractualmente están sujetos al ajuste de precios.

70. La demandante fundamenta su reclamo, tanto en el Memorial como la Réplica, en los siguientes alegatos. La denegatoria del reclamo por el aumento del salario mínimo sorprende, porque el establecimiento de mayores costos hecho por un acto soberano del Príncipe, no puede ser atribuido jamás al Contratista y es doctrina pasiva de Derecho Administrativo. La Contratante introdujo en el Contrato - en forma ilegítima e ilegal - una importante limitación al mecanismo para reconocer al Contratista su derecho al reajuste de precios, pretendiendo la imposición de un listado taxativo de insumos sobre cuyas variaciones serían reconocidos los ajustes correspondientes.

71. En respuesta al Reclamo No. 7 de la demandante, la parte demandada formuló las siguientes consideraciones en su Memorial de Contestación y en la Dúplica. No procede, ya que este concepto de pago no se incluye en el listado de insumos que contractualmente están sujetos a ajuste de precios, Contrato de Construcción Cláusula 47, Addendum No. 1, numeral 4. La revisión de salarios mínimos es periódica y se realiza entre mínimos y máximos que pueden ser conocidos y previstos.

72. Al igual que se resolvió en los Reclamos anteriores, lo que debe examinarse es la legalidad de las disposiciones del cartel de la licitación que origina el Contrato, con relación a las normas jurídicas contenidas en la Ley de Contratación del Estado. En el régimen constitucional hondureño, la fijación de salarios mínimos a favor de los trabajadores, forma parte de las relaciones entre patronos y trabajadores, que son de orden público, como lo alega la demandante y como lo dispone expresamente el Artículo 128 de la Constitución de la República, la que señala que son nulos los actos, estipulaciones o convenciones que impliquen renuncia, disminuyan, restrinjan o tergiversen la garantía de los salarios mínimos fijados periódicamente. Por consiguiente: siendo una garantía sustentada en una norma fundamental y, como tal, prevalente en el ordenamiento jurídico en virtud del principio de la supremacía de la norma constitucional, queda protegida por las disposiciones de los Artículos 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que a esa garantía no se la puede vulnerar con actos de carácter general o particular, ni podría la Administración limitar, disminuir o eliminar los derechos de los trabajadores de ninguna manera. En consecuencia, las fijaciones de salarios mínimos son actos generales del Estado que no puede el Contratista dejar de aplicar sin incurrir en una violación constitucional. La materia es ineludible para el Gobierno de la República, así como es vinculante para todos los patronos públicos y privados del país. Es una obligación social que no está disponible para las partes vinculadas en un contrato administrativo. Sin embargo, y como lo expresa la representación del Estado de Honduras en su Dúplica (ver párrafo 71 *ut supra*), las variaciones en los salarios mínimos se justifican en que la revisión es periódica y se realiza entre mínimos y máximos, que pueden ser conocidos y previstos. Significa lo que apunta la defensa de la parte demandada, que bien podía el oferente interesado y futuro contratante, conocer cuál era la política en salarios mínimos del Estado de Honduras y, en consecuencia, poder hacer una proyección de los costos futuros para incluir el resultado en los componentes de los precios del Contrato. Es decir, como garantía constitucional, el tema de la revisión de los salarios mínimos en forma

periódica por el Gobierno de la República, se escapa de la Teoría de la Imprevisión y de las facultades de la Administración para modificar los términos del Contrato unilateralmente (Hecho del Príncipe) y por ello, el Reclamo No. 7 de la Demandante resulta improcedente y el Tribunal de Arbitraje lo declara sin lugar.

73. Sobre el Reclamo No. 8, Exclusión de las Cantidades y Montos Finales de Cierre por Trabajos realizados en la colocación de la Capa de Binder.

La demandante, en cumplimiento de la Especificación Técnica No. 20A.2.2, utilizó para la colocación de la capa de Binder la especificación técnica indicada en el Cartel, es decir, el Asfalto AC-20. Durante la primera etapa de colocación de Binder, en el sitio ubicado entre las estaciones de la 140 a la 166, se presentaron fisuras tempranas en el Binder colocado, por lo que se decidió evaluar que se realizaran cambios en la mezcla asfáltica. El 24 de octubre del 2005, en Oficio EUGT CA5S090-05 el Gerente General comunicó al Contratista un informe técnico sobre la revisión del diseño de la mezcla asfáltica intermedia para el Proyecto. La Supervisión concluyó que con el diseño revisado se evitaría el desgarre observado en el concreto asfáltico y serviría para combatir el agua que podía contaminar el asfalto. En Reunión del 11 de enero del 2006, se determinó la necesidad de elaborar una nueva tipología de mezcla que incluyera cal hidratada y un aditivo antistripping y se acordó introducir los elementos adicionales necesarios para solventar el problema de fisuras. Se definió el cambio de carpeta asfáltica utilizando Asfalto AC-30 y los aditivos cal y Shell Bond. Se procedió a extraer de la carpeta ya colocada, aquellos cuadros fisurados en el Binder ya colocado conforme a las especificaciones originales entre las estaciones indicadas, para ser sustituido por el nuevo Binder, el cual en su momento es pagado por la Administración en cada una de las estimaciones presentadas por el Contratista. Mediante Oficio DGC del 11 de julio del 2007, el Director General de Carreteras comunicó a Astaldi que en el Oficio No. 13-FG-C01-035-2007 fue notificado por la Supervisión del Proyecto sobre la liquidación final de la obra y se decidió excluir el monto correspondiente a este reclamo, por considerarse que la

reparación era contractualmente responsabilidad del Contratista. La Dirección General de Carreteras decidió excluir el monto reclamado por considerar que los costos por reparaciones en los sitios de falla deben de ser absorbidos por el Contratista.

74. La demandante fundamenta su Reclamo No. 8, tanto en el Memorial como en la Réplica, en los siguientes alegatos. La Especificación Técnica No. 20A.5 no es aplicable al Reclamo de Astaldi, ya que se refiere a reparaciones por cuenta del Contratista que deban efectuarse por deficiencias en la calidad de la mezcla, por señales de sobrecalentamiento, o defectos de calidad, construcción o acabado con respecto a lo especificado, lo que no sucedió en ninguno de los hechos expresados. Tampoco es de aplicación la Especificación Técnica 20A.3.10, porque se refiere a reparaciones de defectos en que se puede incurrir, solamente, en caso que el Contratista no hubiere cumplido con las Especificaciones Técnicas. Las comunicaciones realizadas entre las partes al momento del evento, así como los informes técnicos, a excepción de las resoluciones finales en donde se rechazaron los reclamos de Astaldi, afirman que las falencias detectadas en la colocación de la capa de Binder se debieron a defectos en las especificaciones del Cartel de la Licitación, es decir, en los valores y las instrucciones dadas por el Estado de Honduras, por errores en la planificación y concepción del Proyecto; por lo que no hay responsabilidad del Contratista (Artículo 71 de la Ley de Contratación del Estado, Pliego de Condiciones, Sección 3, Condición 42.2 y 44.1 inciso g).

75. En respuesta a este Reclamo la parte demandada, en su Memorial de Contestación y en la Dúplica, alegó que los fundamentos para rechazar este reclamo son los mismos que corresponden al reclamo de la Capa Intermedia de Binder y pago del Aditivo Shell Bond.

76. Como consta de la respuesta de la representación del Estado Hondureño, el Reclamo No. 8 es una consecuencia directa del Reclamo No. 3, interpuesto por la negativa del Estado Hondureño en reconocer y pagar el

costo del aditivo Shell Bond aplicado al Asfalto AC-30, lo que ya se analizó a partir del párrafo 52 del presente Laudo. Para la Procuraduría General de la República de Honduras, no procede reconocer el costo del aditivo Shell Bond, porque en la Modificación No. 1 al Contrato, se incorporó el AC-30 y la cal hidratada a la lista de productos a los que se aplicará el ajuste de precios y que están sujetos a dispensa de impuestos, el Shell Bond no aparece incluido, lo que significa que el Contratista está obligado a absorber dicho costo en virtud de que la nueva fórmula o mezcla de trabajo fue propuesta por el Contratista y aprobada por el Gerente de Obras. En virtud de que el Estado de Honduras había pagado ciertas sumas de dinero para cancelar el costo del aditivo Shell Bond, en la liquidación final del Contrato decidió excluir de las cantidades y montos finales de cierre, lo pagado por este extremo en el tanto de Lps. 5.140.569,64. Como el Reclamo No. 3 es declarado con lugar en presente Laudo Arbitral, y el pago del precio del aditivo Shell Bond es una mera consecuencia de su utilización en la corrección de un error técnico, que se originó en el pliego de condiciones y en las pruebas elaboradas por la propia Administración para aprobar la fórmula de la mezcla asfáltica, el Reclamo No. 8 de la también debe ser declarado con lugar y liquidarse como luego se indica.

XV.- SINTESIS JURIDICA.

77.- En resumen, las reclamaciones presentadas por la firma ASTALDI contra la República de Honduras, comprenden ocho Reclamos que se clasifican en tres categorías, como de seguido se expone:

- a) Categoría de reajustes de precios: Reclamo No. 7
- b) Categoría de precios internacionales: Reclamo No. 5
- c) Categoría de modificaciones sobrevinientes de las condiciones del objeto del Contrato. Reclamos: 1, 2, 3, 4, 6 y 8.

a) El Reclamo No. 7 por los reajustes del valor de los salarios mínimos se declara sin lugar, porque siendo una garantía constitucional y como tal, protegida por el principio de la supremacía de la norma constitucional, es un factor que influye en los precios del Contrato y que era previsible, puesto que en el cumplimiento de la política de salarios mínimos, el Gobierno de la República funciona a base de proyecciones que se revisan periódicamente y siendo ésta la naturaleza de la institución jurídica, es obvio que escapa de la llamada Teoría de la Imprevisión, que opera como causa para que se aplique el principio de la restitución del equilibrio financiero del contrato administrativo.

Las empresas interesadas en participar en el concurso público que impulsaba el Estado de Honduras, tenían la obligación de investigar y conocer la política de salarios mínimos del Estado de Honduras, para poder proyectar sus precios con el factor de la mano de obra, sin que sea jurídicamente aceptable, en este extremo, alegar ignorancia de la ley, razón por la que el Tribunal de Arbitraje rechaza el Reclamo No. 7 de la demandante.

b) No ocurre lo mismo con la categoría de los precios internacionales del Bunker y el Diesel, puesto que las posibles alzas o disminuciones en los precios no competen a ninguna de las dos partes involucradas en el Contrato, lo que impregna el tema de una gran dosis de imprevisibilidad y como tal, es un fenómeno con efectos financieros que es ajeno a la voluntad de las dos Contratantes. Recordemos que a partir del párrafo 35 de este Laudo, se desarrolla la doctrina del Derecho público, que reconoce tres circunstancias que pueden alterar el equilibrio económico financiero del contrato, produciendo menoscabo en los intereses del cocontratante y entre ellas, los trastornos en la economía general del contrato debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado que inciden en el contrato por vía refleja, de donde surge la llamada “Teoría de la Imprevisión”.

De manera que el Tribunal, frente a la variación de los precios internacionales de los derivados del petróleo, encuentra que se está frente a un

comportamiento extraestatal de contenido imprevisto, que es extraño y ajeno a la voluntad de las partes. Es en esencia lo que la doctrina reconoce como “Aleas Económicas” extra contractuales, que Manuel María Diez en su obra “Los Mayores costos en las Obras Públicas”, en R.A.D.A. No. 4, Buenos Aires, noviembre de 1972 define como “el hecho ajeno a la administración que no ha podido preverse en el momento de celebrar el contrato y que si bien no hace imposible la ejecución del mismo, acrece en gran proporción las cargas del cocontratante y afecta profundamente la economía del contrato”.

La Teoría de la Imprevisión no necesita ser pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho, no requiere norma expresa que la consagre y no puede ser objeto de renuncia por parte del cocontratante, porque se concibe como una regla de derecho público que tiene como objeto asegurar la ejecución del contrato en beneficio del interés público general.

Es por todo lo que viene dicho, que los efectos negativos que se causan en la economía del contrato en perjuicio del Contratista por virtud de “Aleas Económicas”, deben ser conjugados para que no se dé la figura de un enriquecimiento ilícito a favor del Estado Hondureño. Se trata, en esencia, de pagar el precio justo de una actividad convenida, cuyos costos se han visto alterados por causas que no dependen ni de la oferta del Contratista, ni de la voluntad del Estado Hondureño. Es la aplicación pura de la doctrina del Derecho Administrativo de la restitución de la ecuación económica y financiera del contrato.

c) Los Reclamos identificados con los números 1, 2, 4, 5, 6 y 8, son expresiones típicas de la Teoría de la Imprevisión, que obliga al Estado de Honduras a modificar el objeto del Contrato de distintas formas para lograr una protección adecuada del interés público involucrado. Son eventos sobrevinientes, como por ejemplo, encontrar que los elementos que integran el diseño de la fórmula de la mezcla asfáltica, no dan un producto final idóneo y tener que sustituirla; o encontrar materiales no aprovechables en la

subexcavación, que obliga a tener que trasladarlos a los sitios de disposición final.

Dentro del análisis de la doctrina de la restitución del equilibrio financiero del Contrato, desarrollada por el del Derecho público, como se expone en los párrafos precedentes, es evidente que son varias las formas que el Derecho emplea para devolver a la ecuación económica financiera del contrato su equilibrio, como por ejemplo, los reajustes de precios, la extensión de los plazos, las modificaciones parciales del objeto y la variación de las técnicas de ejecución del contrato.

De importancia es resaltar que los fines últimos de la restitución del equilibrio financiero del contrato, no es conceder al Contratista una utilidad no convenida por las partes o dotarlo de un lucro excesivo e injusto. Lo que se persigue es la más pura expresión por concederle a cada una de las partes contractuales lo que en Derecho les pertenece, a partir del equilibrio en las contraprestaciones que definieron la Administración y el Contratista cuando se formalizó la voluntad contractual. Si las contraprestaciones son alteradas por eventos no previstos por las partes o por decisiones de la Administración adoptadas en el ejercicio de su derecho a modificar unilateralmente el objeto del contrato para proteger el interés público, se debe restituir el equilibrio económico financiero del contrato y de esta forma es que se resuelve este proceso.

78. Las sumas reclamadas por la demandante y que fueron liquidadas dentro del proceso, fueron rechazadas por la representación del Estado de Honduras con fundamento en sus alegatos de índole legal, de los que el principal argumento es que el cartel de la Licitación, no permite reconocer los pagos de las sumas reclamadas. Los cálculos matemáticos de los montos reclamados y las sumas de intereses que certificó la demandante, no fueron cuestionadas en sus contenidos, de manera que para el Tribunal quedaron implícitamente admitidas en sus montos, teniéndose que decidir, únicamente,

si esas sumas de dinero se deben pagar o no, lo que conforma el objeto de este proceso y así se resuelve.

XVI.- LIQUIDACIÓN DE INTERESES.

79. De conformidad con lo que dispone el Contrato suscrito por las partes y para lo que atañe a este extremo del arbitraje, son de particular importancia algunas de las Cláusulas como la 42 “Certificados de Pago”, 43 “Pagos” y 44 “Eventos Compensables”, contenidas en el Anexo III “Condiciones del Contrato”, que en lo que interesa disponen:

“42.1.- El Contratista presentará al Gerente de Obras liquidaciones mensuales del valor estimado de los trabajos ejecutados menos los montos acumulados certificados anteriormente”.

“42.2.- El Gerente de Obras verificará las liquidaciones mensuales del Contratista dentro de los 14 días siguientes a su presentación, y certificará los montos que deben pagársele.”

“42.5.- El valor de los trabajos ejecutados comprenderá la valoración de las variaciones y los eventos compensables.”

“43.1.- Los pagos deberán ser ajustados para tener en cuenta las deducciones en conceptos de anticipos y retenciones. El Contratante deberá pagar al Contratista, dentro de los 60 días contados de la fecha de cada certificado, los montos que el Gerente de Obras hubiera certificado. Si el Contratante efectúa un pago con atraso, en el pago siguiente deberá abonar al Contratista los intereses sobre el pago atrasado, calculados desde la fecha en que debería haberse efectuado el pago hasta la fecha en que se efectúe el pago atrasado y a la tasa de interés señalada en los Datos del Contrato.”

“43.2.- Si un monto certificado se incrementa en un certificado posterior o como consecuencia de una decisión del Conciliador o de un Árbitro, se deberán abonar intereses al Contratista sobre el pago atrasado de acuerdo con lo estipulado en esta cláusula, los que se calcularán a partir de la fecha en que se debería haber certificado dicho incremento si no hubiera habido controversia.”

“44.3.- Tan pronto como el Contratista proporcione información sobre los efectos de cada evento compensable en el costo previsto, según su estimación, la Dirección evaluará y ajustará el precio del Contrato como corresponda. Si la estimación del Contratista no fuera considerada razonable, 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.”

80. De lo dicho resulta que es obligación del Contratante cancelarle al Contratista de forma cumplida los pagos aprobados, de manera que si surgen atrasos imputables a la Administración, la consecuencia jurídica es la de reconocer intereses calculados desde la fecha en que debería haberse efectuado el pago y hasta la fecha en que se efectúe la cancelación total del adeudo. La tasa de interés que se debe aplicar es la señalada en el Anexo IV “Datos del Contrato” que literalmente expresa: “Los intereses se calcularán aplicando una tasa de interés del doce por ciento (12%) anual para los pagos en moneda local y cuatro por ciento (4%) anual en los pagos en divisas”.

81. En su Declaración sobre los Costos incurridos razonablemente o sufragados, Astaldi presentó, a partir de la página 10, la actualización del reclamo para el reconocimiento y pago de intereses indicados en la demanda, tanto en Lempiras como en Dólares de los Estados Unidos de América. Las fórmulas de cálculo responden a las disposiciones del Contrato, así como los tipos de las tasa de interés.

82.- Debe repararse en que los extremos o reclamos que este Laudo declara con lugar, son todos originados en eventos extraordinarios que surgieron en el período de ejecución del Contrato, pero imprevisibles o sobrevinientes o fundamentados en modificaciones unilaterales del objeto del Contrato ordenadas por la Administración, lo que indica que es razonable para el Tribunal que el Gerente de Obras del Proyecto, no hubiera incluido esos extremos en las certificaciones de pago. Es esta la razón para que se generan reclamos de parte de la demandante, pidiendo que se le reconocieran los mayores costos generados por esas circunstancias.

Como ha quedado explicado, los reclamos fueron denegados por la Administración y el asunto sometido a una conciliación, que confirmó lo resuelto por la Administración y luego, se dio la apertura al presente procedimiento de arbitraje.

83.- Desde la perspectiva de las reglas contractuales que regulan los pagos al Contratista, es obvio para el Tribunal de Arbitraje que ninguna de las partidas que en este Laudo se reconocen a favor de la demandante, las podía obtener Astaldi sin gestionar ante la Administración por la vía del reclamo formal, puesto que la naturaleza de esos extremos es precisamente el ser eventos imprevisibles y sobrevinientes o Hechos del Príncipe. Por ello es que se estima que es procedente el pago de intereses, pero a partir de la fecha en que debió quedar resuelto el reclamo administrativo, lo que ocurrió, para todos los renglones que conforman la petitoria de este proceso, el día 3 de mayo del 2007; es decir, catorce días después de presentado el reclamo (Cláusula 42.2 Anexo III Condiciones del Contrato), sea el 19 de abril del 2007. Consecuentemente, el primer día en que se devengan intereses sobre todas las partidas es el 4 de mayo del 2007.

Por consiguiente, deberá la Administración pagar intereses del tipo indicado en el párrafo 80 *ut supra*, sobre las partidas de la condenatoria que se dicta en este Laudo, conforme con la liquidación que luego se formula.

XVII.- COSTAS PROCESALES.

84. Por resolución notificada a las partes el día 7 de abril del 2010, se les solicitó a las partes que presentaran, simultáneamente, sus respectivas Declaraciones sobre los Costos en que hubieran incurrido razonablemente o sufragado en el procedimiento. Ambas partes lo hicieron dentro del término, presentando sus respectivas Declaraciones el 28 de abril de 2010.

Los costos sufragados por Astaldi se determinan en la suma de US\$ 205.026,26; los costos incurridos, que son los honorarios profesionales en dos partidas que se liquidan: en Lempiras la suma de Lps. 2.300.579,72 y en Dólares la suma de US\$ 640,995.70. Sin embargo, los honorarios profesionales se fijan, únicamente, sobre las partidas que se conceden en este Laudo y por consiguiente, se fijan los honorarios profesionales en dos partidas: en Lempiras la suma de Lps. 2.212.694,10 y en Dólares de los Estados Unidos de América en la suma de US\$ 637.951,95.-

85. Las partidas de los costos sufragados corresponden a las transferencias que ha girado la empresa a favor del CIADI por concepto de adelanto a gastos del procedimientos arbitral (partidas 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5); el rubro 1.6 corresponde a los honorarios pagados al Ingeniero que fungió como perito cuyo informe se adjuntó a la Réplica; las partidas 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 y 1.11 corresponde a los pagos que Astaldi estuvo obligada a hacer al Ministerio de Hacienda de la República de Honduras, como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 5 inciso 3 de la Ley de Impuesto sobre la Renta; la partida 1.12 corresponde a los gastos del viaje del representante de la empresa para presentar la solicitud inicial de Registro del Arbitraje ante el CIADI.

86. Por la forma como se resuelve este asunto, acogiéndose parcialmente las reclamaciones hechas por la demandante en su Memorial, se debe condenar al Estado Hondureño al pago de las costas procesales de conformidad con lo que disponen las Reglas 28(2) y 47(j) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las que se calculan de conformidad con lo que dispone el Artículo 222 del Código Procesal Civil de la República de Honduras, el que remite a las normas reguladoras de las profesiones liberales que han intervenido en el proceso, es decir, abogados e ingenieros peritos.

Consecuentemente, para calcular el montos de los honorarios del abogado patrocinador de la Demandante, se aplica el Arancel del Profesional en Derecho, emitido por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Honduras, publicado en La Gaceta No. 30.131 del miércoles 9 de julio del 2003, Artículo 41 que es específico para el arbitraje, lo que se calcula de conformidad con los extremos que se conceden.

XVIII.- DECISION.

Con fundamento en las razones expresadas, las normas jurídicas señaladas y la doctrina del Derecho Público aplicada, el Tribunal de Arbitraje resuelve el proceso de conformidad con las siguientes decisiones:

a).- Se declara parcialmente con lugar las reclamaciones interpuestas por la firma ASTALDI S.p.A. contra la República de Honduras en el presente arbitraje, la que se condena a pagarle los montos que se especifican en cuanto a los Reclamos Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8.

b).- Se declara sin lugar las reclamaciones de la Demandante en cuanto al Reclamo No. 7.

c-1).- Los montos que por concepto de principal deberá pagar la República de Honduras a la firma ASTALDI S.p.A. son los siguientes:

Reclamo No. 1.- En Lempiras la suma de Lps. 12.554.928,76 (doce millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos veintiocho Lempiras y setenta y seis céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma de US\$ 4.375.895,59 (cuatro millones trescientos setenta y cinco mil ochocientos noventa y cinco Dólares con cincuenta y nueve centavos).

Reclamo No. 2.- En Lempiras la suma de Lps. 375.030,76 (trescientos setenta y cinco mil treinta Lempiras y setenta y seis céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma de US\$ 132.829,21 (ciento treinta y dos mil ochocientos veintinueve Dólares con veintiún centavos).

Reclamo No. 3.- En Lempiras la suma de Lps. 500.721,59 (quinientos mil setecientos veintiún Lempiras y cincuenta y nueve céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma de US\$ 177.346,66 (ciento setenta y siete mil trescientos cuarenta y seis Dólares con sesenta y seis centavos).

Reclamo No. 4.- En Lempiras la suma de Lps. 59.083,89 (cincuenta y nueve mil ochenta y tres Lempiras con ochenta y nueve céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma de US\$ 20.926,46 (veinte mil novecientos veintiséis Dólares con cuarenta y seis centavos).

Reclamo No. 5.- En Lempiras la suma de Lps. 1.537.119,96 (un millón quinientos treinta y siete mil ciento diecinueve Lempiras con noventa y seis céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América US\$ 544.420,50 (quinientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos veinte Dólares con cincuenta centavos).

Reclamo No. 6.- En Lempiras la suma de Lps. 1.656,59 (mil seiscientos cincuenta y seis Lempiras con cincuenta y nueve céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América US\$ 586,73 (quinientos ochenta y seis Dólares con setenta y tres centavos).

Reclamo No. 8.- En Lempiras la suma de Lps. 668.274,05 (seiscientos sesenta y ocho mil doscientos setenta y cuatro Lempiras con cinco céntimos) y en Dólares de los Estados Unidos de América US\$ 236.690,76 (doscientos treinta y seis mil seiscientos noventa Dólares con setenta y seis centavos).

c-2).- Se condena al Estado de Honduras al pago de los intereses sobre las sumas determinadas a favor de la firma ASTALDI S.p.A en este Laudo, los que se calcularán al tipo del doce por ciento (12%) anual para las partidas fijadas en Lempiras y del cuatro por ciento (4%) anual para las partidas fijadas en Dólares de los Estados Unidos de América, intereses calculados a partir del día cuatro de mayo del año dos mil siete y hasta la fecha en que el Estado de Honduras haga total y cumplido pago de los montos de la condenatoria. Se liquidan los intereses generados del cuatro de mayo del año dos mil siete al día treinta y uno de agosto del año dos mil diez (1215 días), a las tasas de interés indicadas del doce por ciento (12%) para las sumas en Lempiras y del cuatro

por ciento (4%) para la sumas en Dólares de los Estados Unidos de América, aplicando la fórmula matemática de Capital por Rédito por Tiempo dividido entre treinta y seis mil quinientos (cien por trescientos sesenta y cinco días), de la siguiente manera:

Reclamo No. 1.- En Lps.	5.015.092,10	En US\$	582.653,50
Reclamo No. 2.- En Lps.	149.806.80	En US\$	17.686,30
Reclamo No. 3.- En Lps.	200.014,25	En US\$	23.613,80
Reclamo No.4.- En Lps.	23.601.20	En US\$	2.786,40
Reclamo No.5.- En Lps.	614. 005.70	En US\$	72.489,95
Reclamo No.6.- En Lps.	661,70	En US\$	78,10
Reclamo No.8.- En Lps.	266.943,45	En US\$	31.515,55

d).- Los intereses liquidados al 31 de agosto del 2010 deberán ser actualizados a la fecha de cancelación de los montos definidos en este Laudo, de conformidad con las fechas de pago en las que el Estado de Honduras cancele los montos adeudados, de manera que las partes podrán adecuar los saldos de conformidad con los pagos efectivamente realizados.

e).- Se condena al Estado de Honduras al pago de las costas procesales, las que se fijan en el mismo monto de la liquidación presentada por ASTALDI S.p.A. en su momento procesal, la que se aprueba de la siguiente manera: Los costos sufragados (gastos de la demanda) se fijan en la suma de US\$ 205.026,26 que deberán ser girados a la Demandante. Se fijan los honorarios profesionales en dos partidas: en Lempiras la suma de Lps. 2.212.694,10 y en Dólares la suma de US\$ 637.951,95.

f).- El Estado de Honduras deberá pagar inmediatamente a ASTALDI S.p.A., todos los montos a los que ha sido condenado a pagar conforme al presente Laudo

[firmado]

Eduardo Sancho González
Árbitro Único

Fecha: 10 septiembre 2010