

LAUDO DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° TREINTA Y CINCO

LUGAR Y FECHA:

Lima, 05 de Mayo de 2010

PARTES DEL PROCESO:

DEMANDANTE : CONSORCIO ENERGÍA
DEMANDADO : DIRECCIÓN GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN
RURAL DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Av. Dos de Mayo No. 1152, Miraflores.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

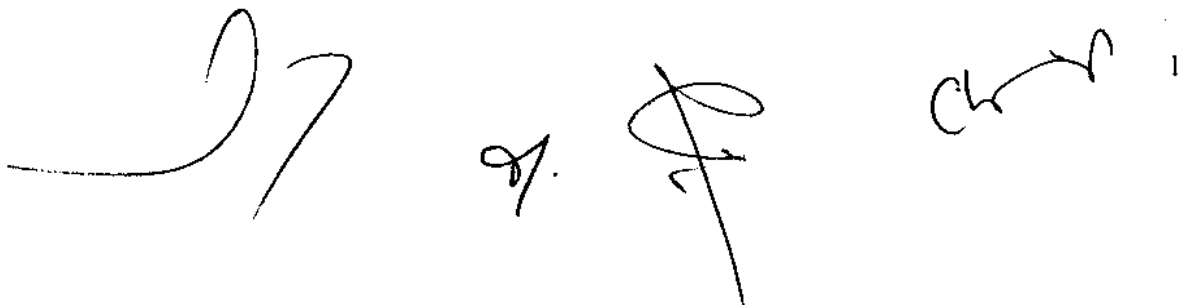
Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, Presidente.
Flavio W. Zenitagoya Bustamante, Árbitro.
Carlos Antonio López Avilés, Árbitro.

Jessica Lourdes Palomino Torres, Secretaria Arbitral

TIPO DE ARBITRAJE:

El arbitraje es Nacional y de Derecho

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:



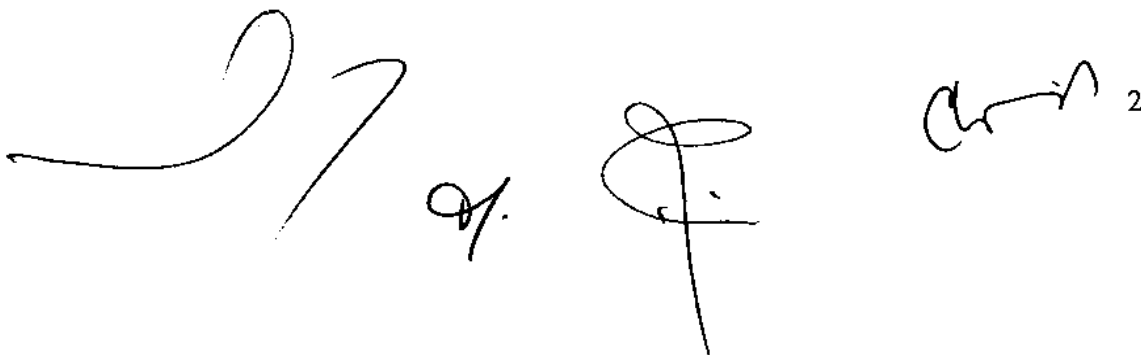
El Tribunal Arbitral se instaló el día veintitrés (23) de Julio de 2008, en la cual los señores árbitros ratificaron no tener incompatibilidad para ejercer el cargo, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada. En dicha acta se fijó, entre otros, las reglas del proceso, las que fueron debidamente notificadas a las partes.

REFERENCIA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

DE LA DEMANDA.-

El CONSORCIO ENERGÍA (en adelante el Consorcio demandante) interpuso su Demanda Arbitral, sobre la controversia surgida en el Contrato N° 07-015-EM/DEP para la Ejecución de la Obra "Pequeño Sistema Eléctrico Cangallo IV Etapa", dentro del plazo otorgado por el Tribunal, formulando el siguiente petitorio:

- a) Como Primera Pretensión Principal; Que se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER del 13.05.08, por la cual se declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 para la ejecución de obra: Pequeño Sistema Eléctrico Cangallo IV Etapa, y consecuentemente, se declare procedente y /o fundada la solicitud de Ampliación de Plazo por 231 días calendario incluyendo los respectivos gastos generales ascendentes a S/. 329,160.01 incluido IGV más los intereses correspondientes.
- b) Como Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal; Que como consecuencia de que se declare fundada la pretensión principal, la Entidad demandada pague al Consorcio demandante la suma de S/.329,160.01 incluido IGV mas los respectivos intereses, por concepto de los gastos generales de la solicitud a Ampliación de Plazo N° 01.



CONSORCIO ENERGIA

DIRECCIÓN GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN RURAL DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

Arbitraje de Derecho

✓

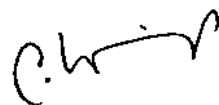

- g) Como Segunda Pretensión Subordinada de la Segunda Pretensión Principal; Que en caso de no ser amparada la segunda pretensión principal o la primera pretensión subordinada, se declare que la Entidad demandada obtiene un enriquecimiento sin causa a costa del Consorcio demandante, al aprobarse parcialmente el Presupuesto Adicional N° 01.
- h) Como Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Subordinada; Que como consecuencia de declararse fundada la segunda pretensión subordinada, la Entidad demandada pague al Consorcio demandante el resarcimiento por enriquecimiento sin causa por la suma de S/. 383,831.00 más intereses.
- i) Como Tercera Pretensión Principal; Que la Entidad demandada cumpla con el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Los fundamentos de sus pretensiones son los siguientes:

De la Celebración del Contrato y sus Partes:

Que, con fecha 29 de enero del 2007, previa Licitación Pública N° LP 0008-2006-EM/DEP (Proceso de Selección Abreviado), se suscribió con la Dirección Ejecutiva de Proyectos del Ministerio de Energía y Minas (Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía Y Minas), el Contrato N° 07-015-EM/DEP, cuyo objeto era la ejecución de la obra "Pequeño Sistema Eléctrico Cangallo IV Etapa", ubicado en las provincias de Cangallo y Vilcashuamán - Ayacucho, por un monto total de S/. 8'598,870.73 incluido IGV, con precios al 30 de setiembre del 2006, y plazo de ejecución de 360 días calendario.

Que, el contrato comprende la elaboración del estudio definitivo, suministro de equipos y materiales, transporte de equipos y materiales, tanto de los proporcionados por el contratista como por el DGER y la ejecución y construcción integral de la obra antes mencionada.



Que, dado que se trata de un proceso de selección para contratar con una Entidad del Estado, el contrato está conformado adicionalmente por las bases, incluyendo los términos de referencia y la propuesta técnico económica del consorcio, siendo ese el nivel de prevalencia en caso de discrepancia.

De la Primera Pretensión Principal:

1. De la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01:

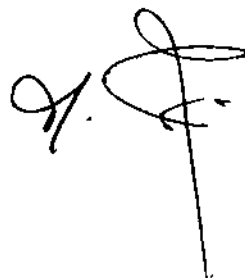
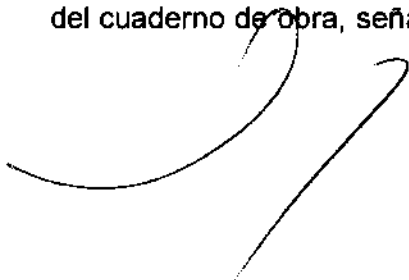
Que, mediante Carta N° PCO/CANG-150-2008 del 30.04.2008, el consorcio presentó a la Entidad demandada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 231 días calendario para la ejecución de la obra por las siguientes causales:

- I. Demora de la DGER en aprobar la resolución que autoriza las obras adicionales 144 días calendario.
- II. Mayor plazo para la ejecución de las obras adicionales en 87 días calendario.

Que, con la misma se pretendía diferir el término del plazo contractual previsto para el 08.02.2008, al 26 de setiembre del 2008.

Que, se solicitó el pago de los respectivos mayores gastos generales por S/. 329'160.01, incluido IGV, correspondiente a los 144 días calendario solicitados por la demora de la Entidad en emitir la resolución que autoriza el Presupuesto Adicional de Obra N° 01.

Que, la solicitud fue evaluada por la Supervisión emitiendo su Informe de Supervisión N° 21-2008, adjunto a la Carta N° 51-139-2008-VCHI de fecha 09.05.2008, en el cual se emite opinión recomendando que se declare improcedente la solicitud, basándose en que, de la revisión de las anotaciones del cuaderno de obra, señala que no existe ninguna anotación mediante la cual



el consorcio demandante haya dejado constancia de las circunstancias que ameriten una solicitud de ampliación de plazo.

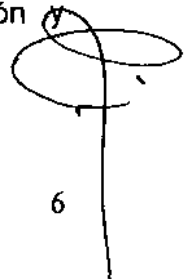
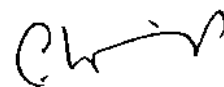
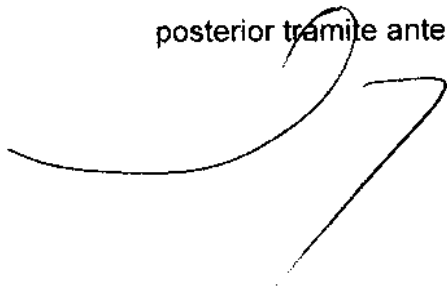
Que, a las demoras en la elaboración y aprobación de los expedientes técnicos (estudio definitivo y replanteo e ingeniería de detalle) así como el adicional 01 y el deductivo 01, fueron por deficiencias en la elaboración de los mismos, ya que requirieron de reiteradas revisiones y observaciones por parte de la Supervisora y la Entidad demandada.

Que, el cronograma de obra modificado y presentado por el Consorcio demandante, no se ha identificado la ruta crítica afectada y las partidas afectadas por la ejecución del adicional.

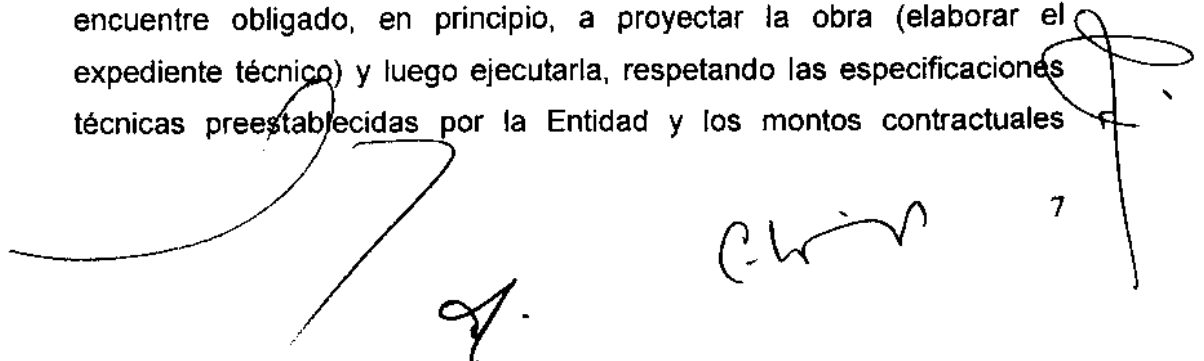
Que, la Entidad a través de su área técnica, recomienda declarar improcedente la solicitud emitida por el Consorcio demandante, emitiéndose en ese sentido la Resolución Directoral N° 124-08/EM/DGER del 13 de mayo del 2008.

Que, el Consorcio demandante sostiene la inconsistencia técnica y legal de los informes, por los siguientes argumentos:

1. Conforme a las copias del cuaderno de obra se aprecia que el Consorcio realizó las correspondientes anotaciones en el cuaderno que dan cuenta de los hechos que motivaran el retraso por parte de la Entidad en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01. Así en la Anotación N° 233 del 12.12.2007, se dio cuenta de la entrega a la Supervisión del Expediente de Adicional N° 01, la que fue devuelta por la supervisión con Carta N° 129-139-S-VCHI el 27.11.2007, con algunos comentarios por parte de la supervisión, los que fueron resueltos en la reunión sostenida el 04.12.2007 en las oficinas de la Entidad, razón por la cual el citado Expediente del Adicional de Obra N° 01 se volvió a entregar con Carta N° PCO-CAMG-255-2007 el 12.12.1007 para su revisión y posterior trámite ante la Entidad.



2. Que la evaluación realizada por la supervisión a la solicitud, contó con la anuencia y conformidad de esta, desde el 23 de enero del 2008, toda vez que VCHI ingenieros consultores S.A a través de su Carta N° 011-139-2008-VCHI emitió su conformidad al respecto. Por lo que resulta inexacta la versión dada por la Entidad en su Resolución Directoral N° 109-2008-EM/DGER del 10.04.2008.
3. Resultaba materialmente imposible que a la fecha de vencimiento del plazo contractual prevista para el 08.02.2008, el Consorcio demandante conociera el resultado de las gestiones que tomó la Entidad para aprobar de modo parcial la solicitud de presupuesto adicional.
4. La demora de la Entidad en emitir su resolución aprobatoria del Presupuesto Adicional N° 01 y del Presupuesto Deductivo, se debe al desconocimiento o inseguridad de lo que debía hacer la Entidad al respecto a la solicitud.
5. La consulta de la DGER estuvo referida a solicitar opinión al ente rector en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre "Prestaciones Adicionales y Reducción de Prestaciones", consulta absuelta a través de la opinión N° 022-2008/DOP emitida por la Dirección de Operaciones del CONSUCODE, en el cual se absuelve las consultas de la DGER relacionadas sobre el alcance de las disposiciones referidas a las prestaciones adicionales y a la reducción de prestaciones en contratos de obras convocado bajo el sistema de precios unitarios y la modalidad de llave en mano, como es el caso de el contrato.
6. La opinión de CONSUCODE en resumen, refiere que para la ejecución de una obra por la modalidad de llave en mano, el contratista se encuentre obligado, en principio, a proyectar la obra (elaborar el expediente técnico) y luego ejecutarla, respetando las especificaciones técnicas preestablecidas por la Entidad y los montos contractuales



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, a smaller signature in the center, and a signature on the right with a circled '7' next to it.

adjudicados, salvo aquellos casos en los que la Entidad haya ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones pactadas originalmente. Agrega que solo podrán reducirse prestaciones en la medida que ello no origine presupuestos deductivos que impliquen una reducción de más del 15% del monto del contrato.

7. Que se puso en conocimiento de la Entidad el informe sustentatorio de la solicitud de Ampliación de Plazo y consta en el numeral 4.4, folio 9 del referido informe. Sin embargo, estos hechos no fueron meritados ni por la Supervisión y la Entidad en sus informes que sustentan la R.D. N° 124-08-EM/DGER del 13 .05.2008.
8. Que la Entidad y la Supervisión soslayan lo señalado en el último párrafo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que prescribe textualmente, que "la demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice la obras adicionales será causal de ampliación de plazo" de modo que este también constituye un argumento fáctico y jurídico.

Por lo que el Consorcio demandante solicita se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER del 13.05.2008 que denegó el pedido de Ampliación de Plazo, debiendo declararse fundado el derecho del Consorcio demandante a la Ampliación de Plazo solicitada por 231 días calendario con sus respectivos gastos generales por S/.329'160.01 incluido I.G.V más los respectivos intereses que devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

De la Segunda Pretensión Principal:

Que, se declare expresamente la invalidez e ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER del 10.04.2008, por el cual se aprueba parcialmente el Presupuesto Adicional N° 01 por mayores metrados y partidas nuevas por la suma de S/. 1'390,221.21 y el Presupuesto Deductivo N° 01 por menores metrados por S/. 1'858'177.72 incluido IGV correspondiente a la obra

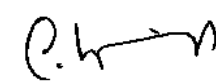
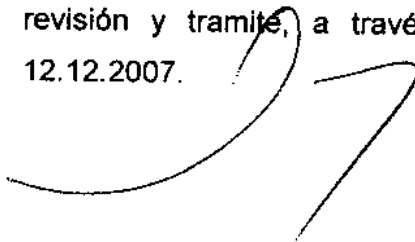
Breve Reseña de la Solicitud:

Que, el estudio definitivo de la obra fue aprobado por la Supervisión el 09.09.2007, sin observaciones, a través de la Carta N° 108-2007-VCHI.

Que, a solicitud y requerimiento de la supervisión y del coordinador de la obra, el estudio definitivo fue corregido para luego ser entregado el 22.12.2007 mediante Carta N° PCO/CANG-262-2007, tal como consta en la Anotación N° 247.

Que, la ingeniería de detalle fue entregada a la Supervisión el 27.08.2007 a cuarenta y cinco días calendario en revisarlo y a la vez en hacer llegar sus observaciones al Consorcio demandante, las mismas que a través de Anotación N° 184, fueron consideradas como extemporáneas.

Que, el expediente del presupuesto adicional, obtenido como producto de la ingeniería de detalle y tal como se señala a través de la Anotación N° 233 de fecha 12.12.2007 fue entregado a la supervisión el 23.11.2007, a través de la Carta N° PCO/CANG-228-2007 que fue devuelta con Carta N° 129-139-S-VCHI de fecha 27.11.2007, con comentarios de la Supervisión, los cuales fueron aclarados y resueltos en la reunión del día 04.12.2007 con la supervisión y el coordinador de obra en las oficinas de la DGER, siendo estos implementados en el expediente que fuera entregado nuevamente a la supervisión, para su revisión y trámite, a través de carta N° PCO/CANG-255-2007 de fecha 12.12.2007.



Que, de acuerdo a lo solicitado y requerido por la supervisión y el coordinador de la obra en la reunión del día 14.12.2007, el expediente del presupuesto adicional nuevamente fue corregido para luego ser entregado el 28.12.2007 a través de Carta N° PCO/CANG-271-2007.

Que, como se menciona en la Carta N° PCO/CANG-037-2008 de fecha 13.03.08, confunde los términos y los conceptos de trabajos complementarios y mayores metrados, no considerados en el contrato pero que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original.

Que, la diferencia entre ambos presupuestos es del orden de S/. 383,831.00 que no ha sido reconocida por la Entidad demandada, la misma que solicita, el Consorcio demandante, sea reconocida por el Tribunal Arbitral.

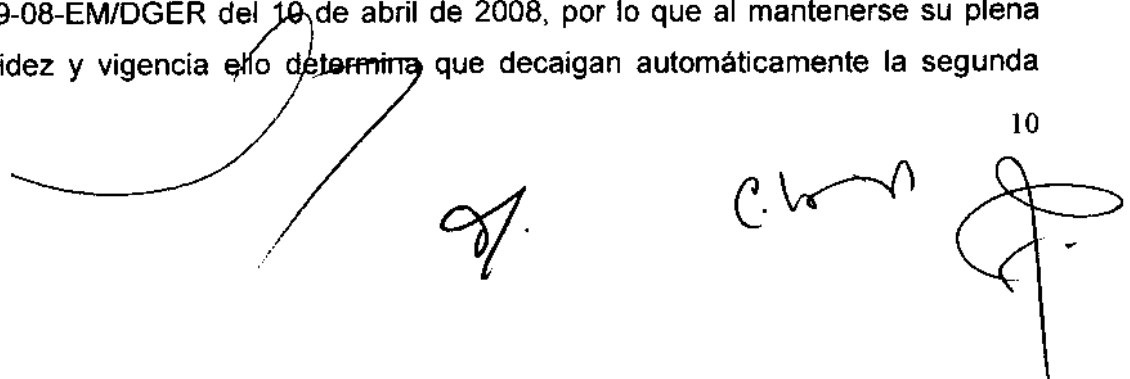
Que, el presupuesto adicional fue ejecutado con la conformidad de la supervisión.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La DIRECCIÓN GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN RURAL DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (en adelante DGER-MEM o la Entidad demandada) contesta la demanda dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas por la demandante, negándolas y contradiciéndolas en todos sus extremos, manifestando:

Que, no existe razón para invalidar la Resolución Directoral N°124-08-EM/DGER, del 13 de mayo de 2008 por lo que al mantenerse su plena validez y vigencia ella determina la vigencia que decaiga automáticamente la primera pretensión principal de la demanda y su accesoria.

Que, no existe razón para invalidar parcialmente la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER del 10 de abril de 2008, por lo que al mantenerse su plena validez y vigencia ello determina que decaigan automáticamente la segunda

The bottom of the page features several handwritten signatures and initials. On the left, there is a large, sweeping signature. In the center, there are initials that appear to be 'J.P.'. To the right, there is a signature that looks like 'C. L...' and another signature on the far right.

pretensión principal de la demanda y su accesoria, pero sin que ello implique o signifique que la primera y la segunda de las pretensiones subordinadas (y sus respectivas accesorias) sean procedentes y fundadas, ya que en ningún caso le asiste a la demandante la razón ni el derecho.

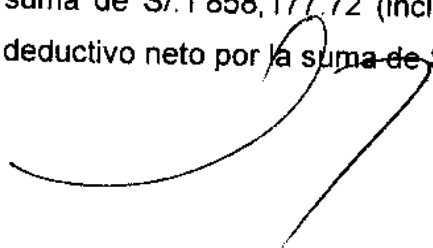



Que, no corresponde que se asuma el pago de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral, por cuanto el Consorcio Energía interpone la demanda por cuenta y riesgo ya que, carece absolutamente de fundamentos para demandar.

Pronunciamiento General Sobre los Antecedentes de Hecho:

Que, no existe controversia al admitir la siguiente información derivada de la relación contractual establecida en su oportunidad con el Consorcio Energía:

- Contrato Obra N° 07-015-EM/DEP, del 29 de enero del 2007.
- Obra: Pequeño Sistema Eléctrico Cangallo – VI Etapa, Ayacucho.
- Modalidad de ejecución y contratación: llave en mano precios unitarios.
- Monto del contrato: S/. 8 598,870.73 (incluido el I.G.V)
- Plazo de ejecución: 360 días calendarios
- Fecha de inicio de la obra: 14 de febrero de 2007
- Fecha de termino de la obra: 08 de febrero de 2008
- Marco legal: TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en lo sucesivo la ley) y su reglamento (en lo sucesivo el reglamento), aprobados por decretos supremos N° 083 y 084-2004-PCM respectivamente.

Que, con fecha 10 de abril de 2008, la Entidad expidió la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER, mediante la cual se pronunció respecto al Presupuesto Adicional N° 01, aprobándolo por la suma de S/.1'390,221.21 (incluido I.G.V) y al Presupuesto Deductivo N° 01(por menores metrados), aprobándolo por una suma de S/.1'858,177.72 (incluido IGV), lo cual determinaba un presupuesto deductivo neto por la suma de S/.467,956.51 (incluido I.G.V).

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER, lo resuelto debía contar en una cláusula adicional, una vez que quedase consentido el indicado resolutivo.

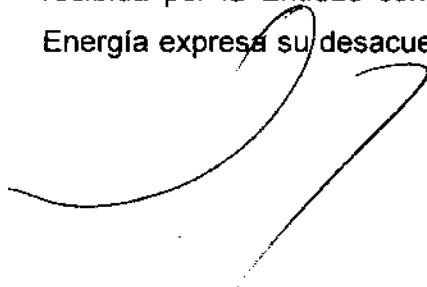
Que, no se suscribió cláusula adicional alguna; por el contrario, habiendo sido notificada la Resolución Directoral N°109-08-EM/DGER con fecha 15 de abril de 2008, el contratista solicitó arbitraje, conforme al segundo párrafo de la cláusula vigésimo séptima de el contrato.

Que, la solicitud del Consorcio Energía consta en su Carta N° 0156-2008, recibida por la Entidad con fecha 26 de mayo de 2008, y que fue objeto de respuesta mediante oficio N° 448-2008-MEM/DGER.

Que, con fecha 13 de mayo de 2008, la Entidad expidió en su carta N° 124-08-EM/DGER, mediante la cual se pronuncio respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 1 declarándole improcedente.

Que, debe destacarse que la solicitud de ampliación de plazo del contratista, por 231 días calendario se sustentaba en dos causales:

- Demora de la Entidad en aprobar las obras adicionales (87 días), siendo que la fecha de termino de plazo contractual se extendiera hasta el 26 de setiembre de 2008. en dicha solicitud se incluye el reconocimiento de los mayores gastos generales por la demora de la Entidad en aprobar las obras adicionales (144 días), por un total de S/. 329,160.01 (incluido I.G.V). La posición de la Entidad radica en que no existen las pretendidas causales, ya que no cumple con los requisitos legales para su calificación.
- Habiendo sido notificada la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER recibida por la Entidad con fecha 26 de mayo de 2008, el Consorcio Energía expresa su desacuerdo con lo resuelto y solicita arbitraje; dicha



solicitud fue objeto de respuesta por DGER-MEM mediante Oficio N° 448-2008-MEM/DGER.

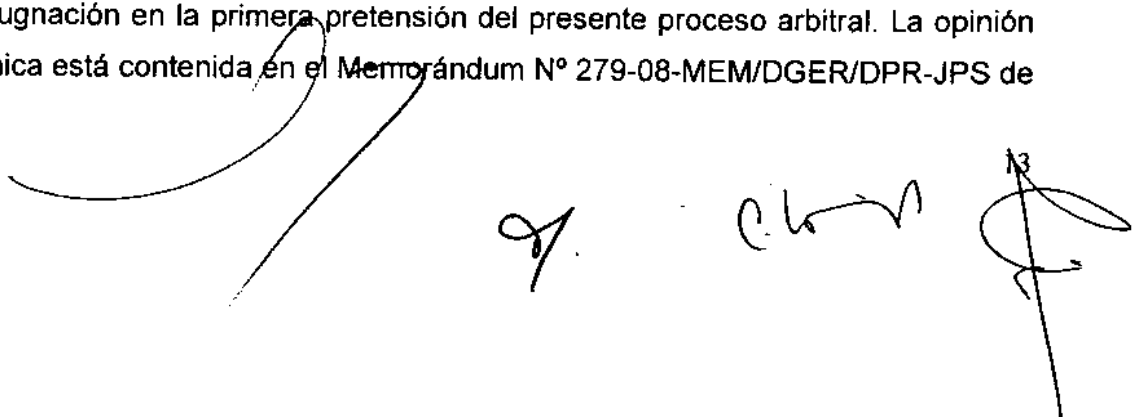
- Dentro de la etapa postuladora del proceso arbitral se reitera lo expresado en el oficio N° 448-2008-MEM/DGER de fecha 30 de mayo de 2008, en el sentido que habiéndose expedido las resoluciones directorales N° 109-08-EM/DGER y N° 124-08-EM/DGER, resultan incomprensibles los presuntos agravios invocados por el contratista.

Pronunciamiento Respecto a la Primera Pretensión Principal y su Respectiva Pretensión Accesorias Contendidas en la Demanda:

Que, la demandante que mediante Carta N° PCO/CANG-150-2008 presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, por un total de 231 días conforme al detalle siguiente: 144 días por la demora de la Entidad en aprobar las obras adicionales, y 87 días para la ejecución de las mismas, siendo que además solicitó el reconocimiento de mayores gastos generales por la suma de S/. 329,160.01 (incluido I.G.V) correspondientes a los 144 días de demora de la Entidad en aprobar las obras adicionales.

Que, la opinión de la supervisión (VCHI S.A Ingenieros consultores) emitió su pronunciamiento sobre la solicitud del Consorcio Energía, recomendando que se declare improcedente y está contenida en el informe de supervisión N° 21-2008 pronunciamiento de ampliación de plazo, el mismo que fue puesto a conocimiento de la Entidad mediante Carta N° 51-139-2008-VCHI del 9 de mayo de 2008, siendo que los anexos del referido informe de supervisión fueron remitidos separadamente y mediante Carta N° 52-139-2008-VCHI del 9 de mayo del 2008.

Que, la Entidad expidió finalmente la resolución administrativa objeto de impugnación en la primera pretensión del presente proceso arbitral. La opinión técnica está contenida en el Memorandum N° 279-08-MEM/DGER/DPR-JPS de

The bottom of the page contains several handwritten signatures and initials. On the left, there is a large, sweeping signature. In the center, there are smaller initials, possibly 'G.'. To the right, there is another signature, and on the far right, there is a signature with the number '13' written above it.

fecha 12 de mayo de 2008 (anexo 1-K), y la opinión legal en el Informe N° 044-08-MEM/DGER-JAL de 13 de mayo de 2008.

Que, el contratista cuestiona la consistencia técnica y legal de los informes y pronunciamientos que sustentan la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER de fecha 13 de mayo de 2008.

Que, según el primer argumento del consorcio energía: La Entidad expresa que en el Cuaderno de Obra constaba anotada oportunamente la causal de la ampliación de plazo: Anotación N° 233, de fecha 1 de diciembre de 2008.

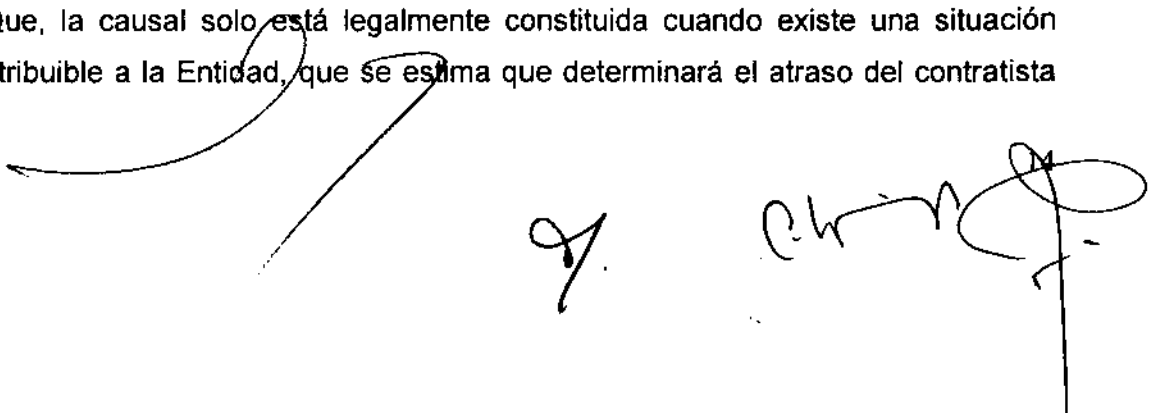
Que, siendo la fecha de término de la obra el 08 de febrero de 2008, la causal debía ser invocada por el contratista dentro de la vigencia del plazo contractual (artículo 259 del reglamento), esto es, hasta el 08.08.207, de lo contrario, no procedía la ampliación de alguna.

Que, la norma es imperativa, razón por la cual es de ineludible el cumplimiento no solo por las partes sino además en un arbitraje de derecho.

Que, en este caso, la causal consistiría en la demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice las obras adicionales, ocurrencia que se inició el 24-11-2007 día siguiente de la presentación del expediente del presupuesto adicional y deductivo N° 01, siendo que el hecho invocado como causal concluyó el 15 de abril de 2008, fecha en que la Entidad notificó al Consorcio demandante la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER, mediante la cual se pronunció respecto Al Presupuesto Adicional N° 01 y al Presupuesto Deductivo.

Que, la anotación en el cuaderno de obra de la presentación del expediente no es, anotación de causal alguna para fines de ampliación de plazo; tampoco es causal dejar constancia que se ha reingresado el respectivo expediente.

Que, la causal solo está legalmente constituida cuando existe una situación atribuible a la Entidad, que se estima que determinará el atraso del contratista

The bottom of the page contains several handwritten signatures and marks. On the left, there is a large, sweeping signature that starts with a long horizontal stroke and curves upwards. In the center, there is a smaller, more compact signature. On the right, there is a larger, more complex signature with multiple loops and a vertical line extending downwards.

en la normal ejecución de sus pretensiones; por ello, es que se deja constancia de la existencia de lo que amerita o justifica una futura ampliación de plazo contractual.

Que, es lo concerniente a la formalización de la solicitud, cuantificación y sustentación, para cual se dispone de 15 días subsiguientes de concluido el hecho invocado (artículo 259° del reglamento) como se establece en la demanda, pero que resulta jurídicamente irrelevante si es que el contratista no cuidó de anotar oportunamente la generación de la causal.

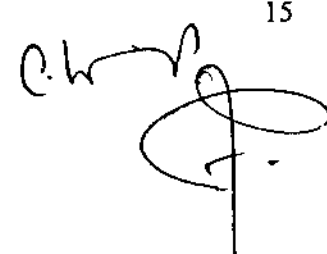
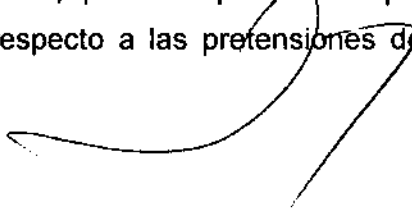
Que, la supervisión afirma que ha corroborado que el Asiento N° 233 del cuaderno de obra no entraña anotación de la causal para la solicitud de ampliación de plazo.

Que, respecto a la imputación por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y el Presupuesto Deductivo N° 01, la Entidad señala que la demora le resulta imputable al contratista, ya que al negarse a introducir los ajustes necesarios en la elaboración de aquellos, dicha situación derivó a que la propia supervisión tuviese que encargarse de ello, lo cual demandó de un mayor compromiso de tiempo.

Que, siendo el contratista el causante y responsable de la duración inusual del trámite de aprobación de las obras adicionales, carece de derecho para reclamar la ampliación del plazo, puesto que no ha cumplido con las exigencias legales correspondientes, imperativas.

Que, según el segundo argumento del consorcio energía: La supervisión expresó su anuencia y conformidad al expediente del Presupuesto Adicional N° 01 Y Presupuesto Deductivo N° 01 desde el 23 de enero de 2008.

Que, en el Informe N° 122-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 3 de setiembre de 2008, que corresponde a la opinión técnica del área administradora del contrato respecto a las pretensiones demandadas, consta entre la documentación de



respaldo del Oficio N° 125-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 07 de febrero de 2008 mediante la cual la Entidad responde a la Carta N° 011-139-2008-VCHI de 23 de enero de 2008, manifestando un conjunto de observaciones al expediente.

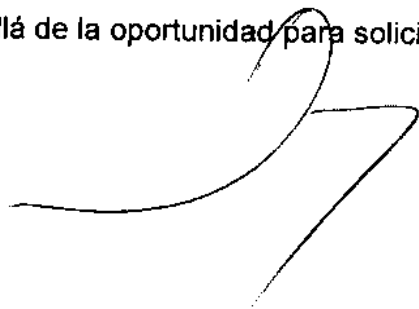
Que, dicho oficio de la DGER-MEM genera que el contratista tenga que formular nuevamente el expediente y por ello mediante Carta PCO/GANG-27-2008 del 20 de febrero de 2008, manifiesta expresamente que con las observaciones subsanadas, procede a remitir nuevamente el expediente a la supervisión para su verificación.

Que, tratándose de obras adicionales, solo la Entidad es legalmente competente para aprobarlas, y ordenar su ejecución, por tanto, no pueden ser aprobadas por persona distinta, ni siquiera por la supervisión, menos aun puede ordenarse su ejecución, por lo tanto la aprobación de la supervisión es respecto a los aspectos formales del expediente del adicional.

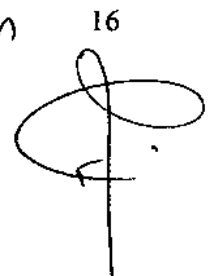
Que, según el tercer argumento del consorcio energía: A la fecha de vencimiento del plazo contractual (8 de febrero) era imposible conocer de que manera sería aprobado el Presupuesto Adicional N° 01, ya que la Resolución Directoral N° 109-2008-EM/DGER fue notificada el 11 de abril de 2008.

Que, al respecto la Entidad señala que, en febrero no se podía conocer el sentido del resolutivo en cuestión (expedido en abril) pero ello no significa que no se podía solicitar la ampliación del plazo contractual para la ejecución, mas aun cuando el hecho objetivo de la presentación del respectivo expediente constaba anotado en el cuaderno de obra.

Que, la cuestión radica que al 8 de febrero de 2008 no se había dejado constancia del hecho, no se había formulado explícita reserva en el cuaderno de obra que se había generado un evento que justifica una ampliación, más allá de la oportunidad para solicitarlo formalmente, cuantificarlo y sustentarlo.



16



Que, no se trata de determinar cuándo se tomo conocimiento del resolutivo para fines de las obras adicionales, sino cuando se dejo constancia de la causal en el cuaderno de obra.

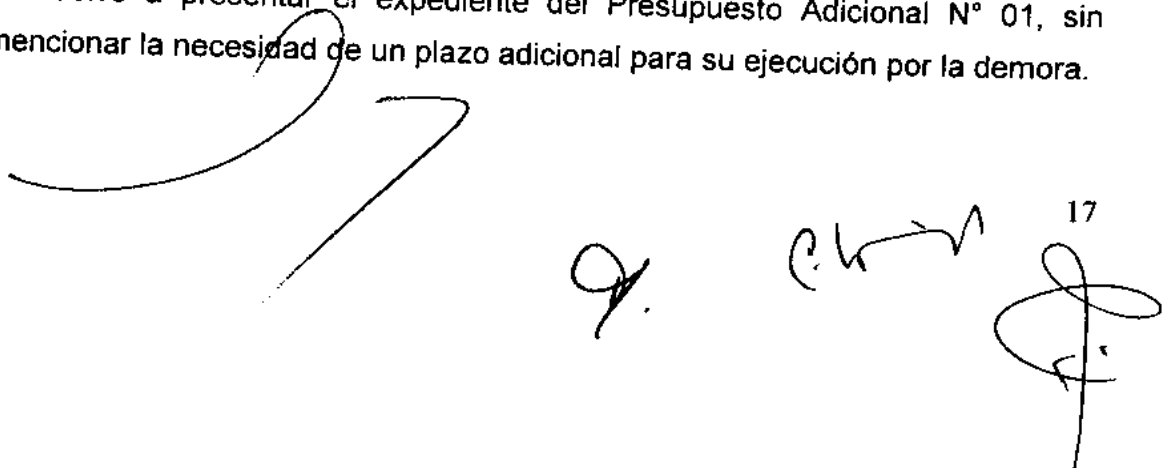
Que, según el cuarto argumento del consorcio energía: La demora en la aprobación de las obras adicionales no solo es de responsabilidad de la Entidad y de la Supervisión, sino que además deriva del hecho que había desconocimiento o inseguridad de lo que debía hacerse, como lo evidencia el hecho que el mismo día que se vencía el plazo contractual, se formuló una consulta al CONSUCODE.

Que, la razón de la demora de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y Presupuesto Deductivo N° 01, no fue que la Entidad no supiera lo que tenía que hacer, sino las deficiencias habidas en la elaboración de los expedientes correspondientes al estudio definitivo, al replanteo e ingeniería de detalle y del propio adicional y deductivo, todo lo cual derivó en que la Entidad apruebe los adicionales y deductivos luego de largas gestiones.

Que, el reclamo que presenta el contratista ante el Tribunal Arbitral pretende convertir en un derecho los errores del expediente de adicional y deductivo y reclamar el reconocimiento y pago, lo cual no procedería legalmente.

Que, la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER, declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N°. 01, siendo que el contratista no cumplió con lo establecido imperativamente en los artículos 258 y 259 del Reglamento.

Que, es totalmente inexacto sostener que la Anotación N° 233 del cuaderno de obra tiene carácter y el contenido de una reserva del contratista, en cuando la generación de algún hecho o circunstancias que en su opinión, justifique una ampliación de plazo, dado que dicha anotación solamente deja constancia que se vuelve a presentar el expediente del Presupuesto Adicional N° 01, sin mencionar la necesidad de un plazo adicional para su ejecución por la demora.



The bottom of the page contains several handwritten marks. On the left, there is a large, sweeping scribble. In the center, there is a small signature. To the right, there is another signature with an arrow pointing to the right. Further right, there is a signature with the number '17' written above it.

Que, asimismo, el contratista no demostró que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 01, que descuenta el Presupuesto Deductivo N° 01, resultando un deductivo neto, modifique el calendario de obra afectando la ruta crítica.

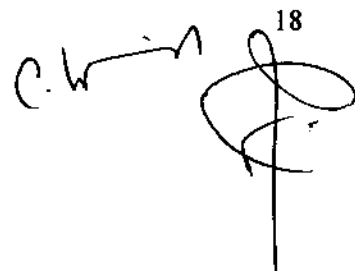
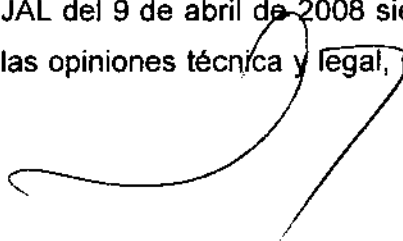
Que, no existe razón fáctica ni jurídica para cuestionar la plena validez y vigencia de la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER, de fecha 13 de mayo de 2008, la misma que es conforme al marco normativo contractual y legal aplicable, resulta manifiesto que la pretensión accesoria derivada de la primera pretensión principal, en cuanto se reclama el pago de los mayores gastos generales decae automáticamente.

Que, dicho pago tiene una regulación explícita en el numeral 15.1 de la Clausula Decimo Quinta del Contrato, así como en los artículos 260, 261, 262 del Reglamento.

Pronunciamiento Respecto a la Segunda Pretensión Principal y su respectiva Pretensión Accesorias, así como respecto a las Dos Subordinadas de la Segunda Pretensión Principal y sus respectivas Accesorias, contenidas en la Demanda:

Que, en sede arbitral, se declare la invalidez e ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER, del 10 de abril de 2008, mediante la cual la Entidad se pronunció respecto al Presupuesto Adicional N° 01, aprobándolo por la suma de S/ 1'390,221.21 (incluido IGV), y al Presupuesto Deductivo N° 01, aprobándolo por la suma de S/. 1'858,177.72 (incluido IGV), importes menores a los que fueron solicitados por el contratista.

Que, la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER se sustenta a su vez, en lo siguiente: Memorándum N° 214-08-MEM/DGER/DPR-JPS de fecha 7 de abril de 2008, el cual se acompaña del Informe N° 039-08MEM/DGER/DPR-JPS de fecha de 4 de abril de 2008, así como en el Informe N° 036-08-MEM/DGER-JAL del 9 de abril de 2008 siendo que los señalados informes corresponden a las opiniones técnica y legal, respectivamente, para fines que la Entidad pueda



resolver respecto o al Presupuesto Adicional N° 01 y al Presupuesto Deductivo N° 01.

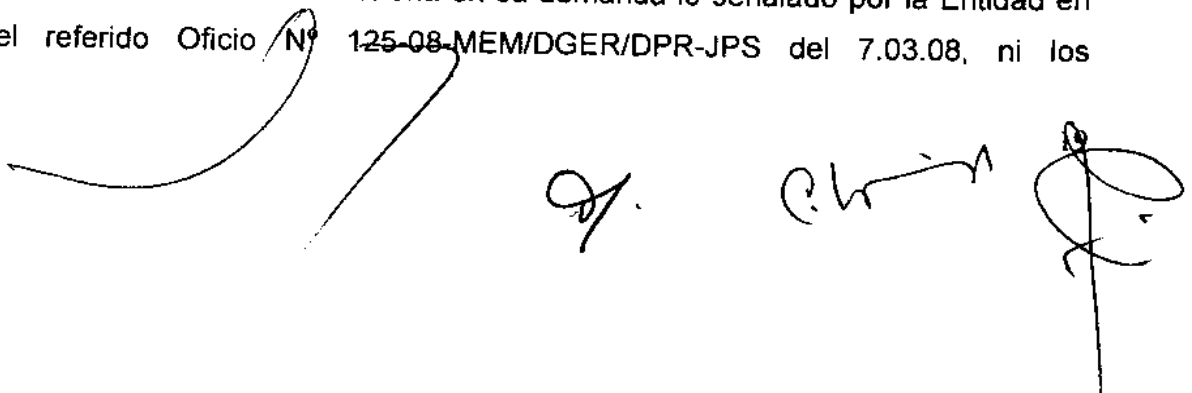
Que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley y los artículos 265 y 266 del Reglamento, es potestad de la Entidad contratante aprobar la ejecución de presupuestos adicionales, es así, que no considerarlo conveniente o necesario, la Entidad contratante pueda desestimar la ejecución de presupuestos adicionales. La Entidad ordena, el contratista ejecuta, en muestra del llamado *ius variandi* propio de la contratación pública.

Que, podrá cuestionarse, discreparse, pero no puede concluirse ilegalidad en el accionar de la Entidad, de tal manera que no se configura causal para invalidar aunque sea parcialmente al resolutivo en cuestión.

Que, conforme se expresa el Informe N° 122-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 3 de setiembre de 2008, corresponde a la evaluación técnica de las pretensiones demandadas generada por el área que administró el contrato dentro de la Entidad, había un régimen normativo que debía ser cumplido, y ello fue recordado por la Entidad a la Supervisión mediante Oficio N° 125-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 07 de febrero de 2008, lo cual generó comunicaciones de la supervisión al contratista y de este último a la supervisión, concretamente de la Carta PCO/GANG-27-2008, del 20 de febrero de 2008, por la cual el contratista remite nuevamente el expediente a la supervisión para su verificación, manifestando expresamente que cuenta con las observaciones subsanadas.

Que, tratándose de ese régimen normativo que debía cumplirse, lo expresado en el Oficio N° 125-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 7 de febrero de 2008 guarda estricta correspondencia con lo previsto en las bases del proceso de selección que representan antecedentes del contrato.

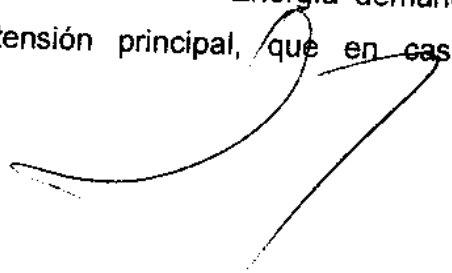
Que, el contratista no menciona en su demanda lo señalado por la Entidad en el referido Oficio N° 125-08-MEM/DGER/DPR-JPS del 7.03.08, ni los



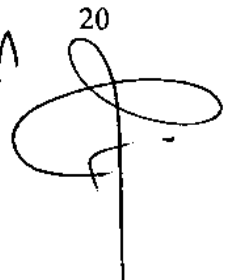
dentro de la Entidad, que permite apreciar que el expediente obra
Nº ~~109-08-EM-DGER~~, que aprueba el presupuesto adicional Nº 01 por S/. 1
390,221.21, y se apruebe otro por la suma de S/. 1 774,052.18.

Que, el artículo 42 de la Ley establece que es potestad de las Entidades aprobar prestaciones adicionales, por lo que al advertir la entidad, en el presente caso, la falta de sustento de algunas partidas introducidas al margen de la Resolución Directoral Nº 151-2007-EM/DGE, que regula las normas de diseño aplicables a los sistemas eléctricos rurales, opto por no considerar las partidas que incumplían esta norma o que eran innecesarias, en función a las Clausulas Cuarta y Sexta del Contrato.

Que, el Consorcio Energía demanda de manera subordinada a la segunda pretensión principal, que en caso dicho extremo de su demanda sea



20



desestimado se declare que existe un abuso de derecho cuando se le ordena al Consorcio que ejecute las partidas correspondientes al monto diferencial no reconocido en la solicitud de Presupuesto Adicional N° 01 por la suma de S/.383,831.00 mas intereses.

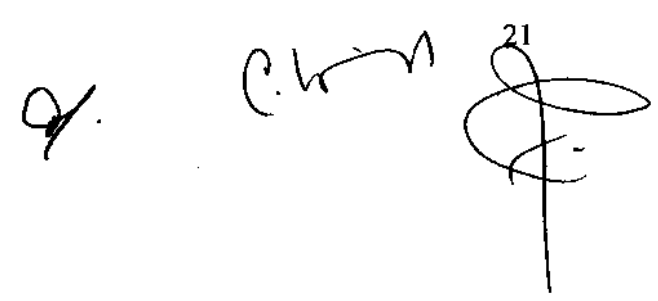
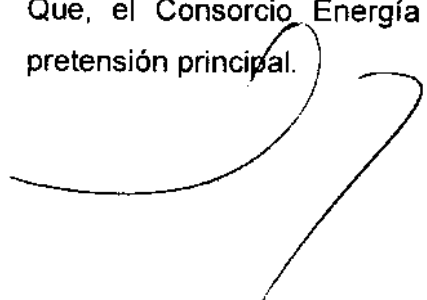
Que, luego de anunciar dicha pretensión no hay sustentación alguna en la fundamentación de hechos, siendo que en la fundamentación jurídica resulta bastante difícil, sino imposible, advertir por que se invoca el referido abuso de derecho.

Que, el contrato se rige por la Ley y el Reglamento, además, en caso de discrepancias se puede invocar el medio de solución alternativo de controversia, esto es el arbitraje.

Que, la Entidad demandada señala que no se ha forzado al contratista a hacer algo que atente contra normas imperativas de la Ley y el Reglamento, y que ello es un abuso del ius variandi, y que además hay una intencionalidad dolosa de querer perjudicar patrimonialmente al contratista, no pagándole lo ejecutado, o aprobando un adicional distinto a aquel que se obliga ejecutar.

Que, el contratista lo primero que debió haber evaluado era si existe antijuricidad en la actuación de la Entidad o si la antijuricidad estaba en la irregular conducta sostenida por el propio contratista respecto al a formulación del presupuesto por obras adicionales, siendo que además, por elemental criterio nadie puede invocar el hecho propio en su favor , lo cual se traduce en responsabilidad en el principio que el daño provocado por la propia víctima no genera obligación de reparación.

Que, el Consorcio Energía demanda de manera subordinada la segunda pretensión principal.



Que, se está evidenciando, para que se apruebe un adicional que contiene partidas introducidas al margen de la Resolución N° 151-2007-EM/DGE y otras innecesarias conforme al contrato.

Que, habiéndose ejecutado las obras adicionales, la ampliación de plazo que busca el contratista, se entiende solo en el sentido que, a través de ella, el Consorcio demandante busca obtener un mayor plazo para enervar su evidente atraso en la ejecución del cronograma contractual con la siguiente aplicación de penalidades.

Que, se debe tener en cuenta que en el inter contractuales hay varias etapas, tratándose de la valorización de los mayores metrados no incluidos en el valor referencial, será el inventario físico de liquidación el que determine por previsión legal su existencia, evaluándose su real necesidad, por lo que el pago se realizara según los metrados realmente ejecutados.

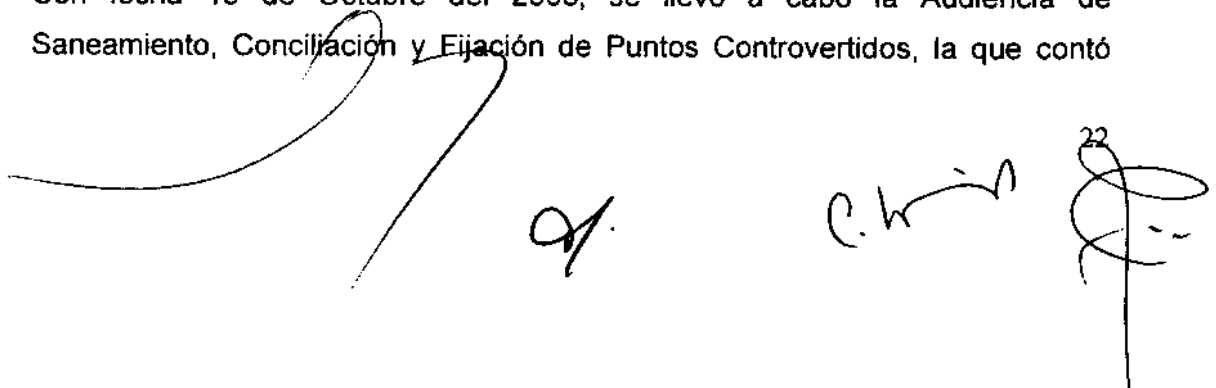
Que, además la Entidad indica que la pretensión accesoria derivada de esta pretensión subordinada en cuanto el contratista reclama enriquecimiento indebido a sus expensas, debe ser correlativamente desestimada.

Pronunciamiento Respecto a la Tercera Pretensión Principal:

Que, sobre dicha pretensión, la Entidad establece que, atendiendo a su conducta procesal desarrollada y dado que el Consorcio Energía carece de motivos legítimos para litigar, corresponde que sin perjuicio se declare infundada esta pretensión se le condene expresamente a pagar las costas y los costos, todo ello de conformidad con las normas arbitrales.

AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

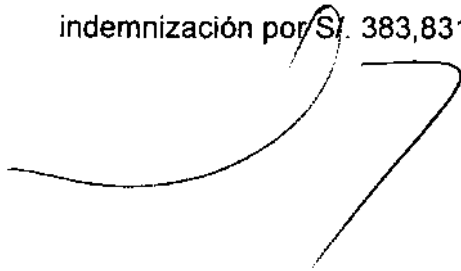
Con fecha 15 de Octubre del 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Eijación de Puntos Controvertidos, la que contó



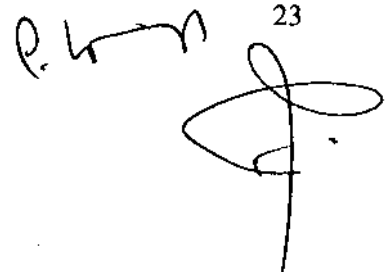
The bottom of the page features several handwritten signatures and initials. On the left, there is a large, sweeping signature. In the center, there are initials that appear to be 'D.'. To the right, there is a signature that looks like 'C. Hernández' and another signature on the far right that includes the number '22' written above it.

con la presencia de ambas partes. En la Audiencia se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si procede o no declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral N° 124-08-EM/DGER de fecha 13 de mayo de 2008 y como consecuencia de ello determinar si procede o no otorgar la ampliación de plazo N° 01 por 231 días y el reconocimiento de los gastos generales por S/. 329,160.01 incluido IGV, más los intereses que correspondan.
2. Determinar si procede o no declarar la invalidez e ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 109-08-EM/DGER de fecha 10 de abril de 2008 y como consecuencia de ello determinar si procede o no reconocer el presupuesto adicional N° 01 por mayores metrados y partidas nuevas por S/. 1'774,052.18 incluido IGV y el presupuesto deductivo por S/. 1'977,496.87 incluido IGV.
3. Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal.- Determinar si procede o no reconocer a favor del Consorcio demandante la suma de S/. 383,831.00, más intereses, por concepto del valor de los mayores servicios ejecutados derivados del monto diferencial de la solicitud del presupuesto adicional N° 01.
4. Pretensión subordinada a la segunda pretensión principal.- Determinar si procede o no declarar la existencia de abuso de derecho en la orden dictada al Consorcio demandante para ejecutar las partidas correspondientes al monto diferencial no reconocido en el presupuesto adicional N° 01 por S/. 383,831.00.
5. Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal.- Determinar si procede o no reconocer a favor del Consorcio demandante una indemnización por S/. 383,831.00, más intereses a la fecha de pago.



P. L. M. 23



6. Segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal.- Determinar si procede o no declarar el enriquecimiento sin causa por los mayores metrados ejecutados por el Consorcio demandante correspondientes al presupuesto adicional N° 01.

7. Pretensión accesoria a la segunda pretensión subordinada.- Determinar si procede o no disponer el pago a favor del Consorcio demandante de la suma de S/. 383,831.00 por resarcimiento por enriquecimiento sin causa, más intereses, por los mayores metrados ejecutados correspondientes al presupuesto adicional N° 01.

8. Determinar a cual de las partes corresponde asumir las costas y costos derivados del presente proceso.

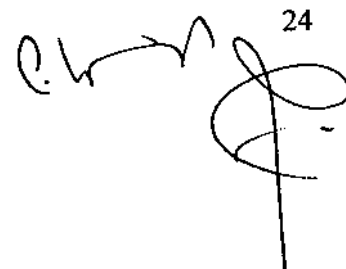
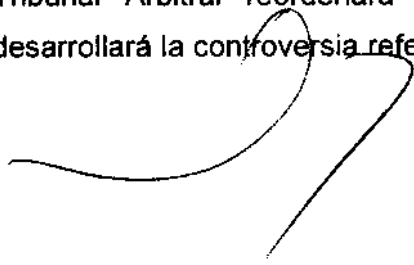
En la presente audiencia, el Tribunal, admitió todas las pruebas ofrecidas por las partes.

ALEGATOS:

El 03 y 05 de Noviembre del 2009, ambas partes formularon sus alegatos escritos, dejando constancia que el CONSORCIO ENERGÍA presentó sus alegatos de forma extemporánea, y a su vez, solicitando la DIRECCIÓN GENERAL DE ELECTRICIFICACIÓN RURAL DEL MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS el uso de la palabra, por lo que se realizó la Audiencia de Informe Oral el día 26 de Noviembre del 2009, para un mejor esclarecimiento de los hechos.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

A fin de desarrollar el presente arbitraje con un razonamiento lógico jurídico, el Tribunal Arbitral reordenará los puntos controvertidos, de esta manera, desarrollará la controversia referida a:



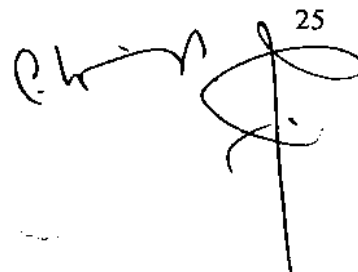
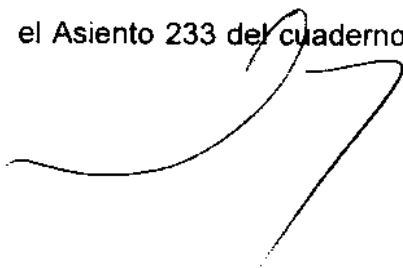
DETERMINAR SI PROCEDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 124-08-EM/DGER DE FECHA 13 DE MAYO DE 2008 Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO DETERMINAR SI PROCEDE O NO OTORGAR LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 POR 231 DÍAS Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS GENERALES POR S/. 329,160.01 INCLUIDO IGV, MÁS LOS INTERESES QUE CORRESPONDAN.

Con Carta No. PCO/CANG-150-2008 del 30 de abril de 2008, el Consorcio demandante solicitó la ampliación de plazo No. 01 por 231 días calendario, por las siguientes causales: (i) Demora de la DGER por 144 días en la aprobación de la resolución que autorice la ejecución del presupuesto adicional No. 01; y (ii) Mayor plazo para la ejecución de las obras adicionales, calculado en 87 días. Asimismo solicitó el pago de los gastos generales por S/. 329,160.01 incluido IGV por los 144 días.

La Supervisión con Carta No. 51-139-2008-VCHI adjunta su Informe No. 21-2008, recomendando que se declare improcedente la solicitud de ampliación de plazo por las siguientes razones: (i) No haber cumplido el contratista con anotar en el cuaderno de obra la circunstancias que ameriten dicha ampliación como lo dispone el artículo 259 del Reglamento; (ii) Las deficiencias del expediente técnico, elaborado por el Consorcio, ha originado el Adicional No. 01; (iii) No se ha identificado la ruta crítica y las partidas afectadas por la ejecución del adicional en el cronograma modificado presentado por el Consorcio.

La DGER en atención al informe del Supervisor y de los informes emitidos por la Jefatura de Proyectos Sur y la Asesoría Legal, emite la Resolución Directoral No. 124-EM/DGER de fecha 13 de mayo de 2008, notificada al Consorcio en la misma fecha con Oficio No. 123-08-MEM/DGER-JAL, denegando la ampliación de plazo, al amparo de los siguientes argumentos:

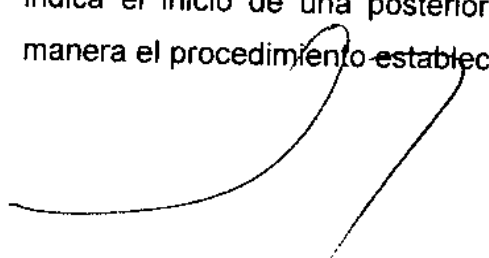

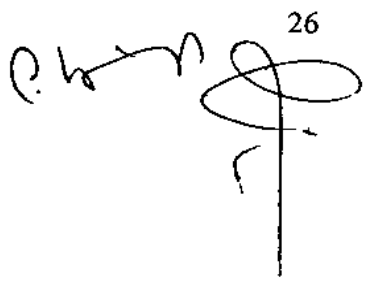
Al respecto, el Consorcio manifiesta lo siguiente: (i) Que cumplió con anotar en el Asiento 233 del cuaderno de obra del 12 de diciembre de 2007 la entrega a



la Supervisión del expediente del Adicional No. 01. Este expediente fue devuelto por el Supervisor el 27 de noviembre de 2007, con algunos comentarios que fueron resueltos en la reunión sostenida el 4 de diciembre de 2007 en las oficinas de la Entidad, volviéndose a entregar el expediente del Adicional No. 01 el 12 de diciembre de 2007 con Carta No. PCO-CANG-225-2007; (ii) Con Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER de fecha 10 de abril de 2008, notificada al Consorcio el 11 de abril de 2008, la Entidad aprobó parcialmente el presupuesto Adicional No. 01, con más de cuatro (4) meses de atraso; (iii) La Supervisión con Carta No. 011-139-2008-VCHI de fecha 23 de enero de 2008 comunica la aprobación del Adicional y Deductivo No. 01; (iv) Con Asiento 291 del 02 de mayo de 2008 el Consorcio da cuenta de su disconformidad con el monto aprobado con el Adicional No. 01 e informa que los trabajos adicional han sido culminados al 100% el 25 de abril de 2008. El Supervisor da cuenta en el Asiento 292 del 5 de mayo de 2008 que la obra se encuentra en condiciones de ser recepcionada; (v) La Entidad con fecha 08 de febrero de 2008 formula al CONSUCODE una consulta sobre los adicionales y deductivos, la que fue absuelta con Oficio No. 121-2008/PRE el 5 de marzo de 2008. Esta consulta, manifiesta el Consorcio, demoró la aprobación del Adicional.

El Consorcio concluye manifestando, que de acuerdo a los hechos expuestos, la causal de demora en la aprobación del Adicional y Deductivo No. 01, se debió a la demora de la Entidad en aprobar dicho adicional, y de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 265 del Reglamento, la demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice una obra adicional, es causal de ampliación de plazo, razón por la cual, solicitan que su pretensión se declare fundada.

Por su parte, la Entidad manifiesta que el demandante no cumplió con anotar en el cuaderno de obra, la causal que originaba la ampliación de plazo, y que el Asiento 233 del 12 de diciembre de 2007 no precisa la causal invocada, ni se indica el inicio de una posterior ampliación de plazo, incumpliendo de esta manera el procedimiento establecido por el Artículo 259 del Reglamento.

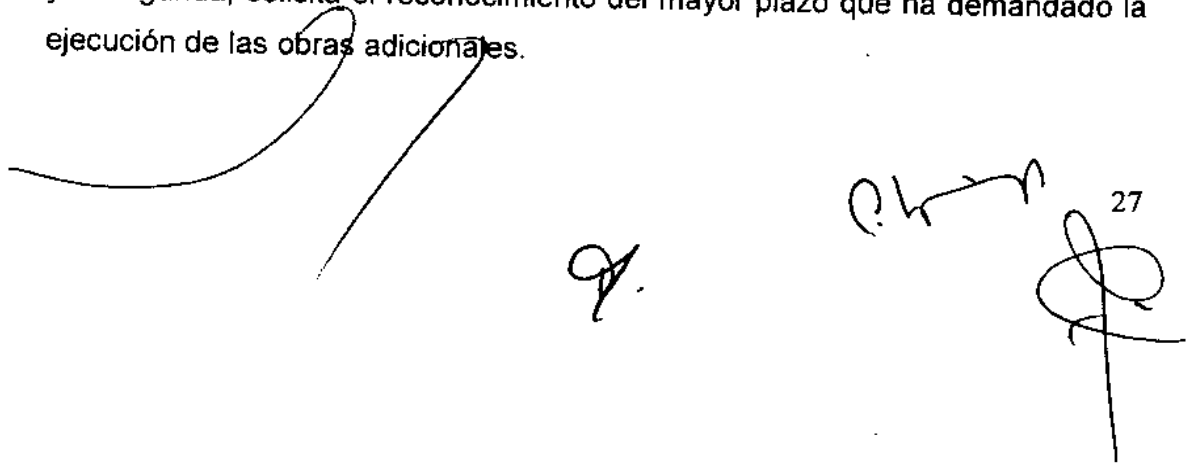
Asimismo, indican, que el demandante presentó la solicitud de ampliación de plazo en fecha posterior a la fecha de término contractual que fue el 8 de febrero de 2008, debiendo haberla presentado dentro del plazo de ejecución, caso contrario se entenderá que se ha desistido de su derecho.

Indican que la solicitud de presupuesto adicional tuvo que ser subsanada por el Supervisor el 21 y 28 de enero de 2008, ante la desidia del Consorcio, lo que originó el incumplimiento del cronograma de obra vigente.

El Tribunal analizando la presente controversia se remite previamente al Artículo 259 del Reglamento, que dispone el procedimiento que se debe seguir para solicitar la ampliación de plazo. Esta norma dispone en su primer párrafo lo siguiente:

“ARTICULO 259.- Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo”.

El demandante en su solicitud de ampliación de plazo invoca dos causales, la primera, consistente en la demora de la Entidad en aprobar el Adicional No. 01; y la segunda, solicita el reconocimiento del mayor plazo que ha demandado la ejecución de las obras adicionales.



The bottom of the page contains several handwritten marks. On the left, there is a large, sweeping signature. In the center, there is a smaller signature. On the right, there is a signature with the number '27' written next to it, possibly indicating a page number or a specific reference.

Respecto a la primera causal, es de apreciarse que efectivamente el contratista no ha aportado prueba que demuestre que cumplió con anotar en el cuaderno de obra, la causal de demora en la aprobación del adicional y que la misma estaba determinando la prórroga del plazo contractual, como lo establece el procedimiento dispuesto en el citado Artículo 259 del Reglamento. Es de anotar, que este Artículo es de carácter imperativo, es decir, de obligatorio cumplimiento para las partes.

Al respecto, el Jurista Manuel de la Puente y Lavallo dice:

"Son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquéllas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares, de tal manera que, como dice SACCO, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad, y no de mera derivación lógica"¹.

Asimismo, es de advertirse, que el demandante presentó la solicitud de ampliación de plazo el 30 de abril de 2008 con Carta No. PCO/CANG-150-2008, cuando el plazo contractual había concluido el 08 de febrero de 2008. Sobre este punto, como ya hemos visto al transcribir el texto del primer párrafo del Artículo 259 del Reglamento, correspondía que el contratista solicite una ampliación de plazo parcial, en razón de que la causal continuaba vigente, debiendo haber presentado la solicitud de ampliación de plazo antes del vencimiento del plazo contractual.²

En consecuencia, al no haber cumplido el demandante con los requisitos legales antes indicados que son de obligatorio cumplimiento, deviene en improcedente la ampliación de plazo solicitada, por la primera causal, precisando el

¹ El Contrato en General, Tomo I, página 210, Editorial Palestra

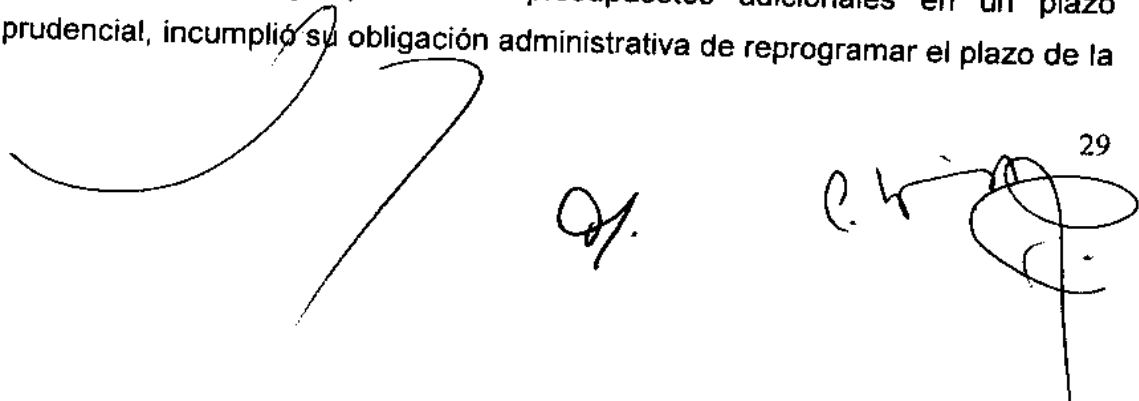
² Art. 259.-" (...) En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo"

Colegiado que no se admite esta pretensión sólo por una cuestión de forma, más no de fondo, pues de acuerdo a los hechos expuestos y pruebas que corren en el expedientes, es de apreciarse, que la Entidad efectivamente incurrió en causal de demora en la aprobación del adicional No. 01.

Respecto a la demora en la que incurrió la Entidad para aprobar el adicional, ésta resulta ser una causal atribuible a la Entidad, como hemos visto el plazo contractual concluyó el 8 de febrero de 2008 y la Entidad recién cumplió con aprobar el adicional el 10 de abril de 2008, notificando dicho acto administrativo al Contratista el 15 de abril de 2008. Ahora bien, el contratista necesitaba un plazo para ejecutar los trabajos adicionales, luego de aprobado el adicional, si bien es cierto, que el Contratista ya venía ejecutando los trabajos adicionales conjuntamente con las partidas contractuales, según informes del Supervisor, presentados por la Entidad al Tribunal con su escrito recibido el 28 de noviembre de 2008, también lo es, que dichos trabajos recién los concluyó el 25 de abril de 2008.

El Tribunal apreciando la actuación de los medios probatorios y la declaración de las partes realizada durante la Audiencia de Informes Orales de fecha 26 de Noviembre del 2009, tiene la convicción de la existencia de demoras en el procedimiento administrativo de aprobación de los presupuestos adicionales, originado en la inobservancia del plazo de vigencia del contrato; situación que no resulta arreglado al Reglamento ni a derecho que la Entidad los haya excedido, sobretodo al haberse extendido, la obra hasta el 25 de Abril del 2008, fecha en que fueron terminados los trabajos al 100%, más aún, si de los asientos del cuaderno de obra no se evidencia la notificación por atrasos al Contratista por parte del Supervisor.

Lo anterior denota que la demandada con la aprobación del adicional en la fecha que lo hizo dio lugar a un inexistente supuesto de incumplimiento en el plazo de ejecución de la Obra, toda vez que dicha Entidad, estando obligado a elaborar, formular y aprobar los presupuestos adicionales en un plazo prudencial, incumplió su obligación administrativa de reprogramar el plazo de la



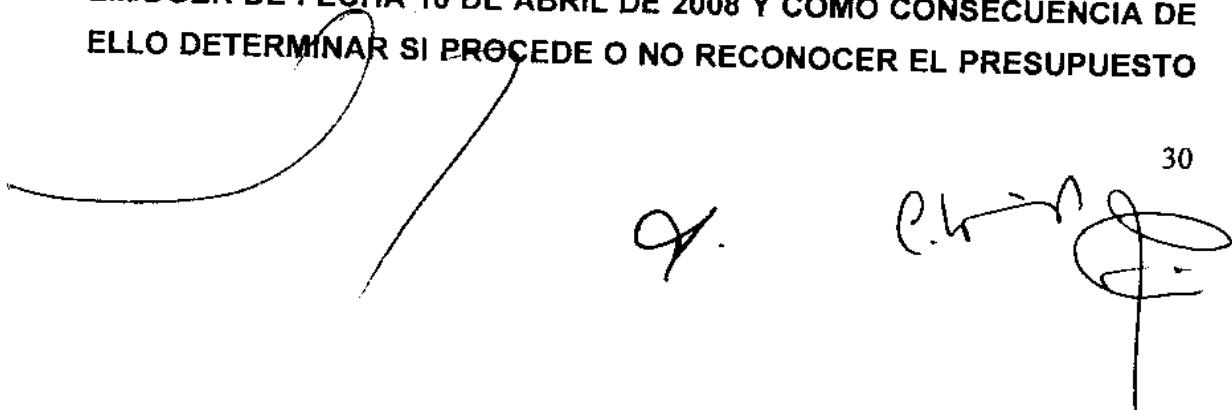
Handwritten signatures and a page number. The page number '29' is located at the top right of the signature area. There are three distinct handwritten marks: a large, sweeping signature on the left, a smaller signature in the middle, and a more complex signature on the right.

obra al haber expedido el acto administrativo de aprobación después de 231 días calendario. Esta; excesiva demora no se encuentra amparada en el Reglamento ni en la normativa civil, causando con ello, la alteración y incertidumbre material de las obligaciones; debiendo observarse, supletoriamente, el régimen del principio *pacta sunt servanda* previsto en el Artículo 1361° del Código Civil, en virtud del cual, los contratos deben cumplirse conforme a lo que se haya expresado en ellos, debiendo entenderse que lo expresado en el contrato es el fiel reflejo de la intención y la voluntad de las partes, por lo tanto, los contratantes no pueden negarse a cumplir con las obligaciones asumidas; debiendo observarse el Artículo 1362° que establece, que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

En la circunstancia expuesta, el Tribunal en aplicación de los principios de equidad y razonabilidad, y en ejercicio de la función jurisdiccional constitucionalmente dada, debe resolver la incertidumbre para resolver el conflicto, por lo que, considerando el hecho que la Obra se terminó de ejecutar con fecha 25 de Abril del 2008, dispone que el plazo de ejecución del contrato, exclusivamente para los efectos de la liquidación de la Obra deberá considerarse que venció el 25 de Abril del 2008, debiendo considerarse que los gastos generales incluidos en el presupuesto adicional aprobado son los que corresponden a este mayor plazo no correspondiendo considerar otros distintos en la referida liquidación por dicho motivo.

Estando a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que no procede declarar la invalidez e ineficacia de la Resolución Directoral No. 124-08-EM/DGER de fecha 13 de mayo de 2008, pues ésta se ha dictado de acuerdo a ley y por funcionario competente.

DETERMINAR SI PROCEDE O NO DECLARAR LA INVALIDEZ E INEFICACIA PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 109-08-EM/DGER DE FECHA 10 DE ABRIL DE 2008 Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO DETERMINAR SI PROCEDE O NO RECONOCER EL PRESUPUESTO

The bottom of the page features several handwritten elements. On the left, there is a large, sweeping scribble that starts near the text and extends across the page. In the center, there is a small, stylized signature. To the right, there is a more complex signature with a vertical line extending downwards from it.

ADICIONAL N° 01 POR MAYORES METRADOS Y PARTIDAS NUEVAS POR S/. 1'774,052.18 INCLUIDO IGV Y EL PRESUPUESTO DEDUCTIVO POR S/. 1'977,496.87 INCLUIDO IGV.

La Entidad con Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER del 10 de abril de 2008, notificada al Contratista el 15 de abril de 2008, aprobó el Presupuesto Adicional No. 01 por mayores metrados y partidas nuevas, por la suma de S/. 1'390,221.21 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo No. 01 por menores metrados por la suma de 1'858,177.72.

El Contratista había solicitado la aprobación del Presupuesto Adicional No. 01 por mayores metrados y partidas nuevas por S/. 1'774,052.18 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo No. 01 por S/. 1'977,496.87, lo que determinaba un Presupuesto Adicional neto de S/. 514,620.14 con una incidencia del 5.8% del monto contractual.

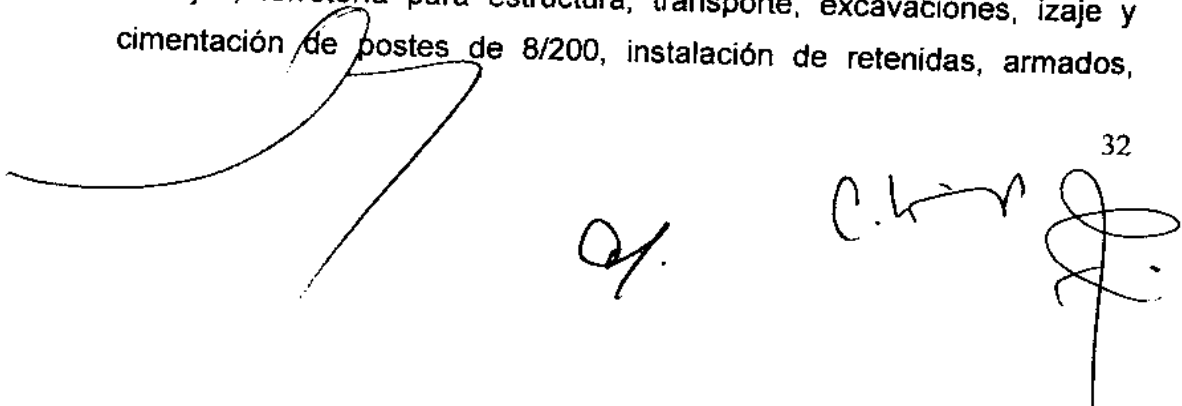
De los considerandos de la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER, es de apreciarse que la solicitud de aprobación del Presupuesto Adicional No. 01 y del Deductivo No. 01 se sustentó en los siguientes argumentos: (i) Los metrados de la obra se han elaborado en base al estudio de factibilidad desarrollado por la empresa PRICONSA, siendo los metrados referenciales por no contarse con los planos de la línea primaria, red primaria y red secundaria, originándose los mayores metrados, luego de desarrollado el estudio definitivo y de ingeniería de detalle, hechos ocurridos después de la firma del contrato; (ii) Luego del levantamiento de la información de campo para la elaboración del estudio definitivo y la ingeniería de detalle, se han originado las nuevas partidas con precios pactados; (iii) Se han generado menores metrados por la no ejecución de la obra en cuatro localidades, por problemas de posesión de terreno, reubicación de una localidad y obras ejecutadas por otra empresa; y (iv) Ascendiendo el Presupuesto Adicional No. 01 por mayores metrados y partidas nuevas a S/. 1'774,052.18 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo No. 01 a S/. 1'977,496.87, lo que determinó un Presupuesto Adicional neto de S/. 514,620.14 con una incidencia del 5.8% del monto contractual.

Asimismo, la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER se sustenta en los informes de La Supervisión que con Carta No. 011-139-2008-VCHI del 23 de enero de 2008 y Carta No. 037-139-2008-VCHI de fecha 25 de marzo de 2008, recomienda la aprobación del Presupuesto Adicional No. 01 por 1'774,052.18 incluido IGV y el Deductivo No. 01 por 1'977,496.87 incluido IGV, cuya diferencia arroja un Presupuesto Deductivo Neto de S/. 203,444.69, que son el resultado del replanteo de obra e ingeniería de detalle.

Los informes de la Supervisión se sustentan, en relación con el Presupuesto Adicional No. 01, en lo siguiente:

Mayores Metrados.-

- a) En las Lineas Primarias se consideran como mayores metrados: las crucetas de madera, postes de CAC de 11/300, ferretería, retenidas, excavaciones, cimentaciones, izajes de postes de CAC, instalación de retenidas, de puestas a tierra y armados, entre otros.
- b) En las Redes Primarias se consideran como mayores metrados: las partidas de crucetas de madera de 90mm x 15mm x 1,50m, postes de CAC de 11/200, aisladores tipo PIN 56-3 y espigas, cadenas de aisladores, conductor de aleación de aluminio de 35 mm², accesorios de conductor, ferreterías, retenidas y anclajes, transformadores de 15 KVA y 25 KVA, tableros de distribución de 15 KVA y 25 KVA, excavaciones, transportes, izajes y cimentaciones de postes de 11/200, instalaciones de retenidas, armados, instalaciones de puestas a tierra, entre otros.
- c) En las Redes Secundarias, se consideran como mayores metrados: los postes CAC de 8/200, conductor autoportante de 2x16+16/25mm², 2x16/25mm², accesorios para conductor autoportante, retenidas y anclajes, ferretería para estructura, transporte, excavaciones, izaje y cimentación de postes de 8/200, instalación de retenidas, armados,

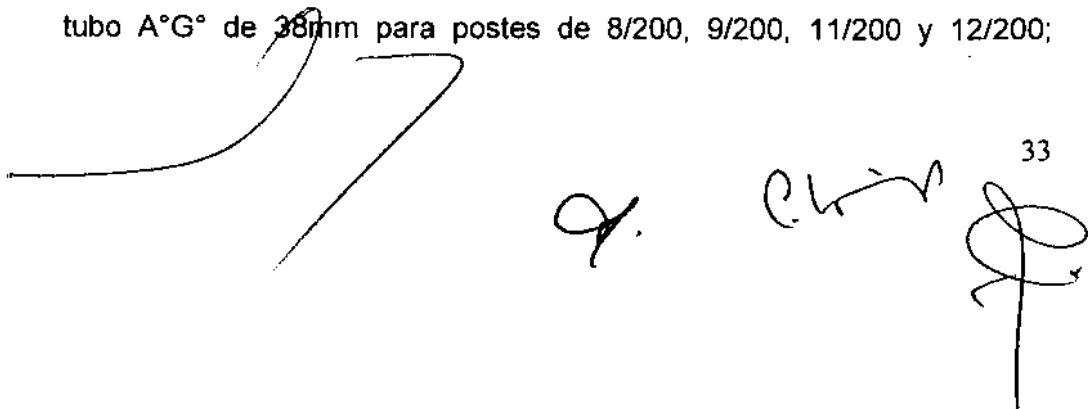


Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left and several smaller ones on the right.

tendido de conductores autoportantes, instalación de puestas a tierra, entre otros.

Partidas Nuevas.-

- a) En las Líneas Primarias, sólo se han considerado como partidas nuevas: los postes de CAC de 12/300, pernos de A°G° de 15mm/457mm y 16mm/356mm, abrazaderas, perno ojo de A°G° de 16mm/254mm, las partidas de transporte, izaje, cimentación de postes de 12/300 y armados.
- b) En las Redes Primarias, sólo se consideran como partidas nuevas: Postes de 12/300, pernos, arandelas, abrazaderas, perno angular, partida de transporte, izaje y cimentación de postes de 12/300, armados, entre otros. No se consideran como partidas nuevas, los postes 11/200, los aisladores de tracción, las cintas aislantes vinílicas PVC, las cintas autofundentes, las cubiertas de silicona para cables de aluminio desnudo, terminales con ojal a precisión para cables AAAC, no obstante deben ser utilizados para completar los trabajos, conforme lo dispuesto en el literal b) del numeral 4.2.2 de la Cláusula Cuarta y en el literal h) del numeral 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato.
- c) En las Redes Secundarias, sólo se consideran como partidas nuevas: Conductor autoportante de aluminio de 2x25+15x25mm² adoptado para disminuir la caída de tensión, abrazaderas con guardacabo para los armados E4 adoptado para anular esfuerzos de corte en ángulos, perno de 13mmx178mm que reemplaza a perno de 13mmx254mm por ser muy largo, tubo de A°G° de 19mmx5m en reemplazo del tubo de 4m, con el fin de cumplir con la altura mínima al suelo de las acometidas largas, alambre galvanizado No. 14 a cambio del No. 12 para mejorar el acabado de los anclajes de los ductos de acometidas; pastorales de tubo A°G° de 38mm para postes de 8/200, 9/200, 11/200 y 12/200;



Handwritten signatures and initials, including a large signature on the left and several smaller ones on the right, including one that appears to be 'C. L. M.' and another that is a stylized signature.

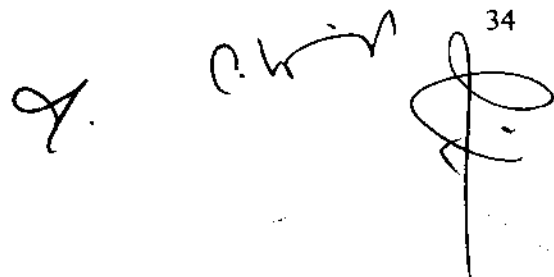
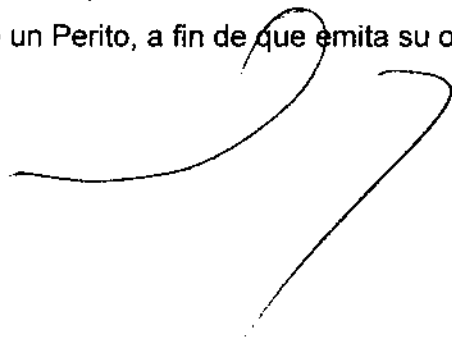
soporte de contrapunta de 51mmx1000mm; perno de 13mmx178mm; cimentaciones, entre otros.

Presupuesto Deductivo No. 01.- Corresponde a la valorización de los menores metrados y reducciones de metrados producidos por las siguientes razones:

- a) Reducción de cuatro (4) localidades: Inka Puquio, Huarayoc, Ayay y Ayrabamba.
- b) Reducción de 5.63 Km de la línea primaria a Ayrabamba.
- c) Reemplazo de materiales determinados en el Estudio Definitivo e Ingeniería de Detalle para cumplir con las distancias de seguridad normadas y mejorar los acabados de los trabajos.

Asimismo, la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER, se sustenta en el Memorando No. 214-08-MEM/DGER/DPR-JPS de fecha 7 de abril de 2008 y en el Informe No. 039-08-MEM/DGER/DPR-JPS de fecha 4 de abril de 2008 de la Jefatura de Proyectos Sur, encargada de la administración del contrato, que señala que es procedente aprobar el Presupuesto Adicional No. 01 por mayores metrados y partidas nuevas por S/. 1'390,221.21 incluido IGV y el Presupuesto Deductivo No. 01 por menores metrados por S/. 1'858,177.72 incluido IGV, que originan un Presupuesto Deductivo Neto de S/. 467,956.51 incluido IGV, que han sido generados como consecuencia de la ejecución del Replanteo de la obra y de la Ingeniería de Detalle, lo que ha originado variaciones en los metrados de las partidas a ejecutar, surgiendo mayores y menores metrados y partidas nuevas.

Que, respecto al Adicional No. 01, el Tribunal solicitó de oficio la intervención de un Perito, a fin de que emita su opinión técnica sobre los siguientes puntos:



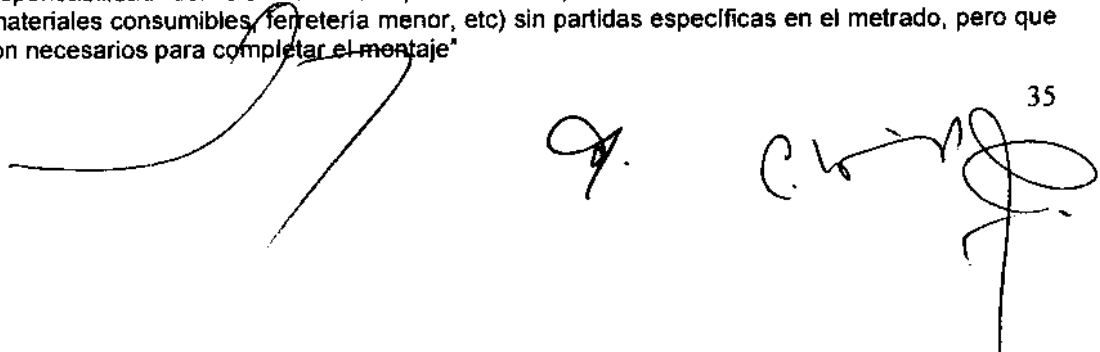
34

- a) Determinar a nivel partida, las diferencias entre el valor referencial (presupuesto base), el presupuesto contratado (oferta económica del contratista), el presupuesto adicional en su versión aprobada por la Supervisión y por el Contratista y el presupuesto adicional finalmente aprobado por la DGER.
- b) Analizar, expresando su opinión, desde un punto de vista técnico y normativo, las razones expresadas por la DGER al reducir el presupuesto adicional, detalladamente, partida por partida.
- c) Analizar, expresando su opinión, sobre la necesidad o no para los fines de cumplir el objeto de la obra de las partidas no consideradas por la DGER al aprobar el adicional.
- d) Verificar la real ejecución de las partidas integrantes del presupuesto adicional, tanto del presentado por el contratista, como del aprobado por la DGER.

El Perito al emitir su informe, coincide con la Supervisión y la DGER en no considerar como adicionales las partidas antes indicadas, por no ser necesarias para la obra y por no ajustarse a las exigencias de las normas de diseño para Electrificación Rural, indicando, además, que la utilización de dichas partidas (no consideradas como adicionales) fue a criterio y requerimiento del Contratista para concluir algunos trabajos, siendo alguno de ellos considerados como insumos o materiales menudos, cuyo costo, de acuerdo con el contrato (numeral 4.2.2, literal b)³, correspondían ser asumido por el Contratista.

³ "4.2.2.- Las prestaciones que deberá ejecutar el CONTRATISTA, de manera enunciativa más no limitativa, son la siguientes:

b) Suministro de los equipos y materiales a cargo del CONTRATISTA, de acuerdo a las Bases de la Licitación y a la propuesta del CONTRATISTA. Asimismo, se precisa que es responsabilidad del CONTRATISTA, a su costo, el suministro de los insumos menores (materiales consumibles, ferretería menor, etc) sin partidas específicas en el metrado, pero que son necesarios para completar el montaje"



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page. On the left, a large, sweeping signature. In the center, a small, stylized signature. On the right, a signature with the initials 'C. L.' and a large flourish. The page number '35' is written in the top right corner of this section.

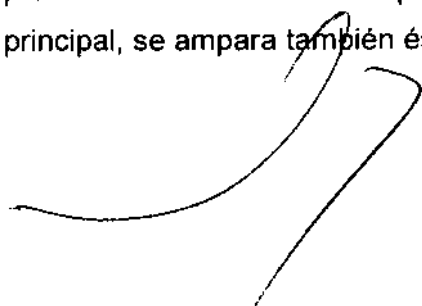
Asimismo, el Perito informa, que de acuerdo a la Carta No. 005-139-2009-VCHI de fecha 12 de enero de 2009 y el Informe de Supervisión No. 01-2009, la Supervisión ha informado a la DGER que el total de partidas no incluidas en el adicional reclamado por el Contratista, se han ejecutado en menor cantidad a la prevista o reclamada, siendo estas partidas las siguientes: (i) Partida 6.09 Cinta plana de armar; (ii) Partida 3.02 Aislador de tracción; (iii) Partida 10.07 Grapa tipo U de acero cobreado; (iv) Partida 10.08 Tierra negra.

Concluyendo el Perito, que el monto reclamado por el Contratista ascendente a S/. 383,831.00 no se ajusta a lo realmente ejecutado.

En consecuencia, teniendo en consideración el informe del Perito, que ratifica la posición de la Entidad para aprobar parcialmente el Adicional No. 1, el Colegiado considera que los trabajos adicionales ejecutados por el Contratista y que no fueron comprendidos en la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER, obedecieron a una decisión de él, sin esperar la aprobación y conformidad del Supervisor y la Entidad, constituyendo alguno de ellos, como los postes seccionados, problemas de procedimiento constructivo, más no un tema de mayores metrados, razón por la cual, considera que no procede ampararse la presente pretensión.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-
DETERMINAR SI PROCEDE O NO RECONOCER A FAVOR DEL CONSORCIO DEMANDANTE LA SUMA DE S/. 383,831.00, MÁS INTERESES, POR CONCEPTO DEL VALOR DE LOS MAYORES SERVICIOS EJECUTADOS DERIVADOS DEL MONTO DIFERENCIAL DE LA SOLICITUD DEL PRESUPUESTO ADICIONAL N° 01.

El Consorcio demandante formula la presente pretensión como accesoria a la segunda pretensión principal, cumpliendo el Colegiado con precisar que la pretensión accesoria es aquella que al declararse fundada la pretensión principal, se ampara también ésta.



36



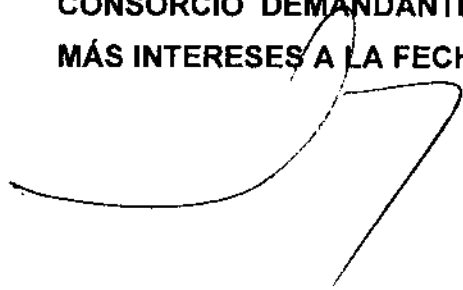
Como hemos visto al analizar la segunda pretensión principal, ésta no ha sido amparada por el Tribunal Arbitral, en consecuencia, tampoco procede ampararse la pretensión accesoria, ya que ésta sigue la suerte del principal.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-
DETERMINAR SI PROCEDE O NO DECLARAR LA EXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN LA ORDEN DICTADA AL CONSORCIO DEMANDANTE PARA EJECUTAR LAS PARTIDAS CORRESPONDIENTES AL MONTO DIFERENCIAL NO RECONOCIDO EN EL PRESUPUESTO ADICIONAL N° 01 POR S/. 383,831.00.

Al igual que la pretensión precedente, el Colegiado pasa, previamente a definir que se debe entender por una pretensión subordinada. La pretensión subordinada es aquella que su atención queda sujeta a la eventualidad de que la pretensión propuesta como principal sea desestimada.

Al haberse desestimado la segunda pretensión principal, corresponde analizarse la presente pretensión subordinada, sin embargo, es de apreciarse de las pruebas aportadas que corren en el expediente, que el Consorcio demandante no ha cumplido con probar que la Entidad ha incurrido en abuso del derecho al emitir la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER, es más, al desarrollarse la segunda pretensión principal, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Entidad emitió la mencionada Resolución Administrativa de acuerdo a las condiciones contractuales y a la Ley de la materia, posición confirmada con el informe del Perito, razón por la cual, no procede ampararse la presente pretensión.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-
DETERMINAR SI PROCEDE O NO RECONOCER A FAVOR DEL CONSORCIO DEMANDANTE UNA INDEMNIZACIÓN POR S/. 383,831.00, MÁS INTERESES A LA FECHA DE PAGO.



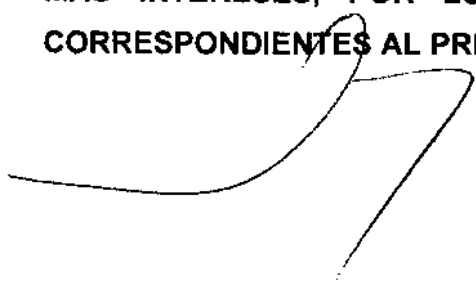
en consecuencia, tampoco procede admitirse la presente pretension.

**EJECUTADOS POR EL CONSORCIO DEMANDANTE
CORRESPONDIENTES AL PRESUPUESTO ADICIONAL N° 01.**

Si bien es cierto, que el Contratista ha ejecutado diversos trabajos que no han sido considerados en la Resolución Directoral No. 109-08-EM/DGER, éstos no han sido considerados por la Entidad y el Perito como adicionales por no ser necesarias para la obra y por no ajustarse a las exigencias de las normas de diseño para Electrificación Rural, indicando, además, que la utilización de dichas partidas (no consideradas como adicionales) fue a criterio y requerimiento del Contratista para concluir algunos trabajos propios del proceso constructivo, siendo alguno de ellos considerados como insumos o materiales menudos, cuyo costo, de acuerdo con el contrato (numeral 4.2.2, literal b), correspondían ser asumido por el Contratista.

Ante esta situación, y al no haberse demostrado que la totalidad de los trabajos no considerados como adicionales por la Entidad y el Perito, no fueron indispensables para conseguir el objetivo del Contrato, el Tribunal Arbitral considera que debe declararse infundada la presente pretensión.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN
SUBORDINADA.- DETERMINAR SI PROCEDE O NO DISPONER EL PAGO
A FAVOR DEL CONSORCIO DEMANDANTE DE LA SUMA DE S/.
383,831.00 POR RESARCIMIENTO POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA,
MÁS INTERESES, POR LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS
CORRESPONDIENTES AL PRESUPUESTO ADICIONAL N° 01.**



Como ya se ha visto anteriormente, esta pretensión por ser accesoria sigue la suerte de la pretensión principal, la que no ha sido admitida por el Colegiado, en consecuencia, tampoco procede admitirse la presente pretensión.

DETERMINAR A CUAL DE LAS PARTES CORRESPONDE ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DERIVADOS DEL PRESENTE PROCESO.

Atendiendo el comportamiento de las partes durante el desarrollo del presente proceso y que las mismas han tenido fundadas razones para recurrir a esta vía para solucionar sus controversias, el Tribunal Arbitral considera que todos los gastos ocasionados como consecuencia de éste proceso, deben ser asumidos en proporciones iguales por ambas partes.

Por las razones antes expuestas, el Tribunal Arbitral por unanimidad emite el siguiente laudo

LAUDO

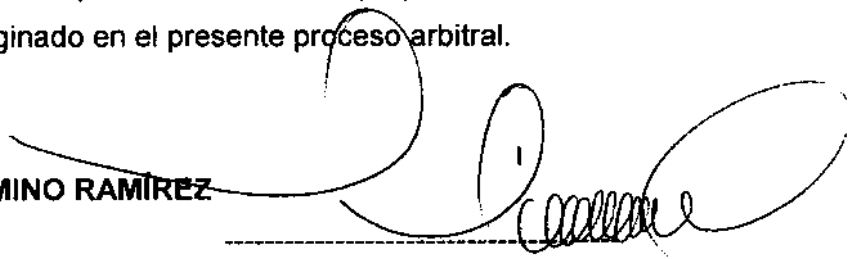
PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, precisándose que respecto a la fecha de la culminación del contrato, ésta ha sido prorrogada automáticamente por la Entidad hasta el 25 de abril de 2008, al haber aprobado fuera del plazo contractual el Adicional No. 01, por consiguiente, la fecha antes indicada, debe tenerse en cuenta para los fines de la liquidación final del contrato.

SEGUNDO.- Declarar INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda, así como INFUNDADAS todas las pretensiones accesorias y subordinadas.

TERCERO.- Disponer que ambas partes asuman en proporciones iguales todos los gastos que se han originado en el presente proceso arbitral.

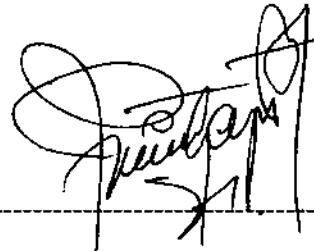
VICTOR WENCESLAO PALOMINO RAMÍREZ

Presidente



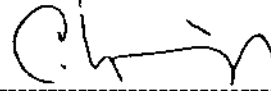
FLAVIO W. ZENITAGOYA BUSTAMANTE

Árbitro



CARLOS ANTONIO LÓPEZ AVILÉS

Árbitro



JESSICA LOURDES PALOMINO TORRES

Secretaria Arbitral

