LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho expedido por el Tribunal Arbitral presidido por el Dr. Richard Martin Tirado e integrado por el Dr. Milton Guzmán Gutiérrez y el Dr. Alejandro Acosta Alejos (en adelante, el Tribunal), en la controversia surgida entre el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 108 (en adelante, EL MINISTERIO o EL DEMANDANTE) y el CONSORCIO ISTRIA conformado por las empresas OBRACON S.A.C. y CONSTRUCCIÓN S.R.L. (en adelante, EL CONSORCIO o EL DEMANDADO) respecto del Contrato N° 137-2009-ME/SG-OGA-UA-APP para la "Ejecución del Proyecto de Reconstrucción de la Infraestructura y Equipamiento de la I.E. José Carlos Mariátegui, ubicado en el distrito de San Clemente, provincia de Pisco, departamento de Ica – Obra Nueva (Sector A) y Obras Complementarias (Sector C)" (en adelante, EL CONTRATO).

Resolución Nº 09

Lima, 23 de noviembre de 2011.

1 ANTECEDENTES.-

1.1 DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.-

1.1.1 Con fecha 17 de marzo de 2011, se instaló el Tribunal Arbitral con el objeto de resolver las controversias surgidas de la ejecución de EL CONTRATO, tal como consta en el Acta de Instalación suscrita para tales efectos, estableciéndose las reglas procesales que regularían su correcta tramitación, encargando la Secretaría Arbitral a la abogada Lorena Suárez Alvarado y otorgando a EL DEMANDANTE, un plazo de diez (10) días hábiles a fin que presente su demanda.

2

1.1.2 EL DEMANDANTE presentó la demanda el 31 de marzo de 2011, la misma que fue admitida por el Tribunal mediante Resolución Nº 1, y se corrió traslado a EL DEMANDADO por un plazo de diez (10) días hábiles.

1.1.3 El 27 de abril de 2011, dentro del plazo concedido, EL DEMANDADO presentó su escrito de contestación de la demanda y formuló reconvención, por lo que se corrió traslado a EL DEMANDANTE, otorgándole un plazo de 10 días hábiles a fin que cumpla con contestarla.

1.1.4 Dentro del plazo otorgado, el 23 de mayo de 2011, EL DEMANDANTE cumplió con contestar la reconvención formulada por EL DEMANDADO.

1.1.5 El 8 de junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se declaró saneado el proceso y se procedió a fijar los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el presente Laudo, los mismos que se detallarán más adelante.

1.1.6 En dicha Audiencia, el Tribunal resolvió admitir como medios probatorios los ofrecidos por EL DEMANDANTE en su escrito de demanda, que comprenden los documentos ofrecidos en el punto V "Medios Probatorios" de su escrito de demanda, del numeral 1 al 6.

1.1.7 En igual forma, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por LA DEMANDADA en el punto V "Medios probatorios de la contestación" de su escrito de contestación a la demanda, que corren del numeral 1 al 13. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos en el punto VI "Medios Probatorios de la Excepción" que van del numeral 1 al 2, así como también admitieron los documentos ofrecidos como "Medios Probatorios de la Reconvención" que van del numeral 1 al 5.

1.1.8 Adicionalmente, el Tribunal dispuso, respecto a la exhibición ofrecida por EL DEMANDADO, lo siguiente:

i) Otorgar a la Demandante un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que cumpla con exhibir el original de la solicitud de conciliación y acta de conciliación, que se debió realizar antes del proceso arbitral.

1.1.9 El 6 de julio de 2011 se llevó a cabo la Primera Audiencia Especial, que contó con la presencia del representante de EL MINISTERIO. En dicha Audiencia se dejó constancia de la ausencia del representante de EL DEMANDADO.

1.1.10 Mediante Resolución N° 06 del 16 de agosto de 2011, el Tribunal resolvió declarar el cierre de la instrucción y, en consecuencia, otorgó a las partes, de conformidad con el numeral 27) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, un plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la resolución, para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales, y si lo tienen a bien, solicitar fecha para informe oral.

1.1.11 Mediante Resolución N° 07, el Tribunal dio cuenta de los alegatos presentados por las partes, y convocó a la Audiencia de Informe Oral que se efectuó el 21 de septiembre de 2011, en la cual las partes expusieron sus argumentos y el Tribunal realizó las preguntas pertinentes, las mismas que fueron absueltas por las partes intervinientes.

1.1.12 En la indicada Acta de Audiencia de Informes Orales, el Tribunal señaló que el expediente se encuentra expedito para laudar a partir del día siguiente de emitida el Acta de Audiencia de Informes Orales, por un plazo de treinta (30) días hábiles, el mismo que podrá ser prorrogado por única vez por un término de veinte (20) días hábiles adicionales de considerarlo necesario, según lo señalado en el numeral 33 del Acta de Instalación.

1.2 PRETENSIONES DE LAS PARTES.-

1.2.1 DEMANDA:

La demanda interpuesta ante el Tribunal, con fecha 31 de marzo de 2011, contiene las siguientes pretensiones:

1.2.1.1 Se declare la nulidad de la resolución de EL CONTRATO de fecha 10 de agosto de 2009, la misma que se materializó mediante Carta Notarial dirigida por EL CONSORCIO de fecha 5 de enero de 2011.

1.2.1.2 Se determine que EL MINISTERIO no ejerció abuso alguno contra EL CONSORCIO durante la ejecución de EL CONTRATO de obra antes citado.

1.2.1.3 Se determine que el atraso en la ejecución de la obra fue injustificado por parte del contratista.

1.2.1.4 Se determine que EL CONSORCIO demandado no ha sustentado los gastos generales respecto de las ampliaciones de plazo 01, 02 parcial y 02 final (denominada incorrectamente ampliación N° 03 por el contratista), conforme a las observaciones realizadas por la Entidad.

1.2.1.5 Se declare válida la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, por cuanto no se acreditó el Consorcio la afectación de la ruta crítica de la obra.

1.2.1.6 Se determine que el plazo contractual venció el 1 de diciembre de 2010.

1.2.1.7 Se determine como daño económico provocado por la resolución de EL CONTRATO realizado por EL CONSORCIO, en la suma de S/.

311,885.84, monto que se deberá abonar a favor de EL MINISTERIO a razón del perjuicio patrimonial.

1.2.1.8 Se ordene el pago de costas y costos arbitrales a EL CONSORCIO a favor de EL MINISTERIO, así como los intereses legales que se devenguen.

1.2.2 CONTESTACIÓN Y RECONVENCIÓN.-

En su escrito de contestación de la demanda, EL DEMANDADO niega en todos sus extremos la demanda interpuesta por EL DEMANDANTE, y solicita se la declare infundada.

EL DEMANDADO dedujo EXCEPCIÓN de falta de agotamiento de la vía administrativa, bajo los siguientes argumentos:

1.2.2.1 De acuerdo a la Cláusula Vigésimo Cuarta de EL CONTRATO, ante la existencia de controversias relativas al mismo, primero se debía aplicar la conciliación, ya que así lo indicaba el tercer párrafo del Primer Subtítulo y el Primer Párrafo del Segundo Subtítulo.

1.2.2.2 Dado que no se realizó ello, EL DEMANDANTE estaría incumpliendo el procedimiento de solución de controversias acordado, por lo que al no haber agotado la vía administrativa previa, debe declararse improcedente su demanda.

Por último, EL DEMANDADO formuló reconvención solicitando lo siguiente:

1.2.2.3 Se determine que no es necesario sustentar los mayores gastos generales cuando no ha habido paralización de la obra, conforme al artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.2.2.4 Se determine la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada, por 89 días para la ejecución de la partida pintura de cerco perimétrico.

1.2.2.5 Se ordene a la reconvenida pagar la suma de S/. 193,106.86 Nuevos Soles por Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada, a favor de EL DEMANDADO.

1.2.2.6 Se ordene a EL DEMANDANTE el pago a favor de EL DEMANDADO de la suma de S/. 293,626.30 Nuevos Soles por Gastos Generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02 y 03 aprobadas mediante Resoluciones Jefaturales N° 2235-2010-ED, 0673-2010-ED y 0918-2010-ED de fechas 10 de diciembre de 2009, 13 de abril de 2010 y 29 de abril de 2010, respectivamente.

1.2.2.7 Se determine el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de EL MINISTERIO.

1.2.2.8 Se determine que las causas de retraso de la obra se debieron a causas atribuibles a EL DEMANDANTE.

1.2.2.9 Se determine que la reconvenida abusó de su condición de entidad durante la ejecución de EL CONTRATO.

1.2.2.10 Se ordene a EL DEMANDANTE al pago de las costas y costos del proceso, más los intereses legales que devenguen del cumplimiento total de las prestaciones demandadas.

1.2.3 CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN.-

En su escrito de contestación de la reconvención, EL DEMANDANTE negó en todos sus extremos la reconvención formulada por EL DEMANDADO y solicitó se la declare infundada.

2 DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

En la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

2.1. DE LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

2.1.1. Determinar si procede declarar o no, la nulidad de la resolución del Contrato N° 137-2009-ME/SG-OGA-UA-APP, de fecha 10 de agosto de 2009, la misma que se materializó mediante Carta Notarial dirigida por el Consorcio de fecha 05 de enero de 2011.

2.1.2. Determinar si procede declarar o no, que EL MINISTERIO no ejerció abuso alguno contra EL CONSORCIO durante la ejecución de EL CONTRATO de obra antes citado.

2.1.3. Determinar si procede declarar o no, que el atraso en la ejecución de la obra fue injustificado por parte de EL DEMANDADO.

2.1.4. Determinar si procede declarar o no, que EL CONSORCIO demandado no ha sustentado los gastos generales respecto de las ampliaciones de plazo 01, 02 parcial y 02 final (denominada incorrectamente ampliación N° 03 por el contratista), conforme a las observaciones realizadas por la Entidad.

2.1.5. Determinar si procede declarar o no, válida la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, por cuanto no se acreditó el Consorcio la afectación de la ruta crítica de la obra.

2.1.6. Determinar si procede declarar o no, que el plazo contractual venció el 1 de diciembre de 2010.

2.1.7. Determinar si procede declarar o no, que EL CONSORCIO pague a EL MINISTERIO la suma de S/. 311,885.84 por concepto de daño económico provocado por la resolución de EL CONTRATO.

2.2. <u>DE LA RECONVENCIÓN.-</u>

2.2.1. Determinar si procede declarar o no, que no es necesario sustentar los mayores gastos generales cuando no ha habido paralización de la obra, conforme al artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2. Determinar si procede declarar o no, la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada, por 89 días para la ejecución de la partida pintura de cerco perimétrico.

2.2.3. Determinar si procede declarar o no, que EL MINISTERIO pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 193,106.86 por Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada.

2.2.4. Determinar si procede declarar o no, que EL MINISTERIO pague a favor de EL DEMANDADO la suma de S/. 293,626.30 por Gastos Generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02 y 03 aprobadas mediante Resoluciones Jefaturales N° 2235-2010-ED, 0673-2010-ED y

0918-2010-ED de fechas 10 de diciembre de 2009, 13 de abril de 2010 y 29 de abril de 2010, respectivamente.

2.2.5. Determinar si procede declarar o no, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de EL MINISTERIO.

2.2.6. Determinar si procede declarar o no, que las causas de retraso de la obra se debieron a causas atribuibles a EL DEMANDANTE.

2.2.7. Determinar si procede declarar o no, que la reconvenida abusó de su condición de entidad durante la ejecución de EL CONTRATO.

COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO.-

2.2.8. Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

3 PARTE CONSIDERATIVA.-

A continuación, corresponde al Tribunal emitir pronunciamiento respecto de las pretensiones de las partes, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios:

3.1 NORMA APLICABLE.-

Al haberse suscrito el Contrato de Adquisición de Bienes el 10 de agosto de 2009, la interpretación y cualquier controversia referida a la ejecución del mismo, se regula por el Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, la Ley y el Reglamento).

3.2 DECLARACIÓN.-

3.2.1 El Tribunal Arbitral, para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad del proceso, que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

3.2.2 En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente.

3.3 CUESTIÓN PREVIA: LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DEDUCIDA POR EL DEMANDADO.-

3.3.1. En su escrito de contestación a la demanda presentada con fecha 27 de abril de 2011, EL DEMANDADO dedujo excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, señalando que debió llevarse a cabo, antes del presente arbitraje, la conciliación a la cual refiere EL CONTRATO en su Cláusula Vigésimo Cuarta.

3.3.2. EL MINISTERIO, mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2011, señaló que dicha excepción debía declararse infundada toda vez que EL CONTRATO no la calificaba como obligatoria o anterior al arbitraje y, asimismo, porque no había sido aducida anteriormente por EL DEMANDADO.

3.3.3. Al respecto, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje, y resulta aplicable al presente caso, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia en el arbitraje toda vez que las partes aduzcan excepciones. Así:

> *"Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.*
>
> *1. **El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se **encuentran comprendidas en este ámbito** las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y **cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales**"* (el resaltado es nuestro).

3.3.4. El artículo antes citado alude a lo que en doctrina se conoce como Principio de *kompetenz-kompetenz*[1] por el cual el Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre su propia competencia en determinada controversia.

3.3.5. El aspecto en mención, ha sido materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 6167-2005-PHC/TC en su fundamento jurídico N° 13:

[1] Al respecto, puede consultarse: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Tribunal Constitucional y Arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral "in toto". En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 4, 2007, pp. 3-48; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano. En: Revista Peruana de Arbitraje, N° 7, 2008, pp. 119-152.

"Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "kompetenz-kompetenz previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje (hoy, Decreto Legislativo N° 1071) *que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia".*

3.3.6. Según lo señalado por EL MINISTERIO, la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa no se interpuso al solicitarse el arbitraje, siendo que el plazo para realizarlo habría culminado.

3.3.7. Con respecto a este punto, este Tribunal señala que dichas excepciones pueden ser presentadas hasta el momento del escrito de demanda, lo cual sucedió en el presente caso. Ello conforme a lo señalado por el Decreto Legislativo N° 1071 en su artículo 41:

"3. ***Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas****. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento".* (el resaltado es nuestro).

3.3.8. Siendo que la excepción ha sido deducida debidamente, corresponde analizar los argumentos que sustentan la misma. Así pues, EL CONSORCIO ha señalado que la conciliación era una vía administrativa previa que había de agotar.

3.3.9. El Tribunal considera que la Conciliación no supone un procedimiento administrativo en los términos generales de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Ello, toda vez que la Conciliación no supone el despliegue de función administrativa que esté dirigida a la emisión de un acto administrativo o pronunciamiento respecto a la situación jurídica de un administrado. En ese sentido, EL CONSORCIO erradamente ha deducido la excepción de la falta de agotamiento de la vía administrativa, por lo que corresponde rechazar dicho argumento y declarar INFUNDADA la excepción aludida.

3.3.10Sin perjuicio de los argumentos expuestos, este Tribunal conviene en pronunciarse respecto a la obligatoriedad de la Conciliación con anterioridad al arbitraje, en los términos que fueron señalados en EL CONTRATO. Así, EL CONTRATO señala lo siguiente:

> *"CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*
>
> *Aplicación de la Conciliación.-*
>
> *Por la presente cláusula se establece que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación de este Contrato* ***podrá solucionarse*** *por Conciliación.*
> *(...)".*

3.3.11. De acuerdo a lo establecido en EL CONTRATO, este Tribunal concluye que la Conciliación no fue estipulada como una vía obligatoria anterior al arbitraje, sino que la misma fue prescrita como optativa. En ese sentido, de preferir las partes iniciar un arbitraje, no puede cuestionarse la competencia del Tribunal para resolver la controversia que ahora se le somete.

3.4 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y LA RECONVENCIÓN.-

3.4.1 HECHOS.-

3.4.1.1. Con fecha 10 de agosto de 2009, las partes suscribieron EL CONTRATO, por el monto de S/. 5'500,655.53 (Cinco millones quinientos mil seiscientos cincuenta y cinco con 53/100 Nuevos Soles).

3.4.1.2. EL CONTRATO tenía inicialmente un plazo de 180 días calendario, de acuerdo a la Cláusula Tercera del mismo.

3.4.1.3. Durante el desarrollo de la Obra, EL CONSORCIO solicitó las ampliaciones de plazo, las cuales fueron atendidas. Así, la Resolución Jefatural N° 2735-2009-ED, por la cual se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01, Sector A, otorgándose 20 días calendarios de Ampliación del Plazo contractual. Asimismo, mediante Resolución Jefatural N° 0673-2009-ED se aprobó la Ampliación de Plazo N° 02 – Parcial, otorgándose 90 días calendarios de Ampliación del Plazo contractual. Asimismo, la Resolución Jefatural N° 0918-2009-ED aprobó la Ampliación de Plazo N° 02-Final, otorgándose 03 días calendarios de Ampliación del plazo contractual.

3.4.1.4. Por otro lado, de acuerdo a lo indicado por las partes, también hubo aprobación de Ampliaciones de Plazo mediante Resolución Jefatural N° 910-2010-ED, por 90 días, y mediante Resolución Jefatural N° 3119-2010-ED, por 52 días.

3.4.1.4. Conforme a la ampliación de plazos, correspondía también el pago de los gastos generales. EL MINISTERIO realizó el pago de S/.

179,494.57, cifra diferente a lo que fue solicitado por EL CONSORCIO, lo cual ascendía a S/. 293,626.30.

3.4.2 ANÁLISIS DEL PRIMER Y SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN.-

3.4.2.1 Introducción.-

El primer punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no la nulidad de la resolución de EL CONTRATO Nº 137-2009-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 10 de agosto de 2009, la misma que se materializó mediante Carta Notarial dirigida por EL CONSORCIO de fecha 5 de enero de 2011".

El séptimo punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no, que EL CONSORCIO pague a EL MINISTERIO la. suma de S/. 311,885.84 por concepto de daño económico provocado por la resolución de EL CONTRATO".

3.4.2.2 Posición del Tribunal Arbitral.-

Este Tribunal Arbitral ha analizado la posición de las partes, luego de lo cual procede al desarrollo correspondiente al presente punto controvertido:

- Mediante Carta Notarial del 20 de diciembre de 2010[2], EL CONSORCIO solicitó a EL MINISTERIO el cumplimiento de los pagos de gastos generales, correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N°

[2] Dicho medio probatorio obra como Anexo s/n.

01, 02 y 03 (de acuerdo a la denominación que hiciera del mismo EL CONSORCIO en dicha carta).

- Según refiere dicha comunicación, mediante Carta N° 1070-CISTRIA-2010 del 7 de julio de 2010 se requirió a EL MINISTERIO la suma de S/. 293,626.30 por concepto de Gastos Generales por las ampliaciones mencionadas. No obstante ello, EL DEMANDANTE respondió dicha solicitud requiriéndoles la acreditación de los citados gastos generales, luego de lo cual no volvió a atender el pedido de EL CONSORCIO.

- De acuerdo a ello, EL CONSORCIO otorgó a EL MINISTERIO el plazo de 15 días para efectivizar dicho pago, lo cual no se efectuó al terminar el mismo.

- Mediante Carta Notarial de fecha 5 de enero de 2011[3], EL CONSORCIO declaró la Resolución Unilateral de EL CONTRATO. Al respecto, es necesario citar lo indicado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 167.- Resolución de Contrato
Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto".

[3] Dicho medio probatorio obra como Anexo N° 01-E del escrito de demanda.

- Mediante Cartas Notariales de fechas 24 y 25 de enero de 2011[4], EL CONSORCIO se desistió de la resolución contractual que efectuara el 5 de enero de 2011. La norma antes citada no alude a dicho supuesto, no obstante ello, supletoriamente son aplicables las reglas del acto jurídico establecidas en el Código Civil Peruano en su artículo 141 y siguientes respecto a las manifestaciones de voluntad y la revocación del mismo.

- Lo antes manifestado, se puede complementar si la parte recepticia de la revocación acepta el mismo, lo cual sucedió en el presente caso. Así pues, este Tribunal Arbitral ha verificado en los documentos obrantes en el expediente arbitral que EL MINISTERIO consintió dicho desistimiento y permitió que EL CONSORCIO continuara con la culminación de la obra materia de EL CONTRATO. Así, se aprecia que mediante Oficio N° 1550-2011-ME/VMGI-OINFE del 21 de marzo de 2011[5], la Oficina de Infraestructura Educativa de EL MINISTERIO señaló:

  "Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención a los documentos a) y b)[6] de la referencia en los que el Procurador Público del Ministerio de Educación (PPME) comunica que resulta atendible el pedido del contratista CONSORCIO ISTRIA respecto a permitirle terminar la obra y no afectar el presente año escolar, siendo pertinente que se coordine de ser el caso los abonos pertinentes conforme a la ejecución del contrato (...)"

[4] Dicho medio probatorio obra como Anexo N° 01-G del escrito de demanda.

[5] Dicho medio probatorio obra como Anexo N° 01-H del escrito de demanda.

[6] Las partes no han presente dichos documentos, pero no han sido negados. Dichos documentos de la referencia son: Oficio N° 1340-2011-ME/DM-PP y Oficio N° 461-2011-ME/DM-PP.

10

- Tal como se aprecia de la cita anterior, EL MINISTERIO aceptó que EL CONSORCIO continuara con la conclusión de la obra, a fin de que no se perjudicara el inicio del año académico.

- Estando a lo antes señalado, este Tribunal Arbitral es de la posición de que la resolución de EL CONTRATO realizada mediante Carta Notarial de 5 de enero de 2011, fue dejada sin efecto, no afectando la vigencia de EL CONTRATO celebrado.

- Ahora bien, EL MINISTERIO ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución de EL CONTRATO, pese a que, como se ha desarrollado, la misma fue dejada sin efecto por EL CONSORCIO.

- Asimismo, es necesario evaluar la procedencia del pago de S/. 311,885.84 Nuevos Soles a favor de EL MINISTERIO por los daños ocasionados producto de la supuesta resolución contractual, la cual no tuvo efectos, evidenciándose en este extremo una pretensión que se apoya en un daño no generado y del cual no se aprecia una cuantificación y/o sustento que obre en el expediente arbitral.

- En relación a lo expuesto, EL MINISTERIO carecía evidentemente de interés para obrar, toda que vez que interpuso una pretensión solicitando la nulidad de aquello que no tenía validez, al haber sido dejada anteriormente sin efecto, incluso con su asentimiento y conocimiento, y al solicitar el pago por un daño que no le fue producido.

- En el sentido expuesto, es de aplicación supletoria a este arbitraje lo dispuesto por el artículo 427° del Código Procesal Civil, según el cual:

"El juez declarará improcedente la demanda cuando:

(...)

2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar".

3.4.2.3 Conclusión del Tribunal Arbitral.-

Por todo lo expuesto, este Tribunal conviene en declarar IMPROCEDENTE la Primera y Séptima Pretensión de EL MINISTERIO. En tal sentido, debe declararse que la resolución contractual efectuada por EL CONSORCIO con fecha 5 de enero de 2011 carece de eficacia al haber sido revocada, con conocimiento y aceptación de EL MINISTERIO y, por tanto, al no habérsele irrogado daño alguno mediante el mismo.

3.4.3 ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN; Y EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN.-

3.4.3.1 Introducción.-

El cuarto punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no que EL CONSORCIO demandado no ha sustentado los gastos generales respecto de las ampliaciones de plazo 01, 02 parcial y 02 final (denominada incorrectamente ampliación N° 03 por el contratista), conforme a las observaciones realizadas por la Entidad".

Por su parte, el primer punto controvertido de la reconvención consiste en:

"Determinar si procede declarar o no que no es necesario sustentar los mayores gastos generales cuando no ha habido paralización de la obra, conforme al artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

11

3.4.3.2 **Posición del Tribunal.-**

- EL MINISTERIO es de la posición que EL CONSORCIO no presentó la sustentación de los gastos generales producto de las Ampliaciones de Plazo, por lo cual los montos que calculó en su momento no podían ser aprobados por la Entidad.

- Por su parte, la posición de EL CONSORCIO supone que las normas de contrataciones del Estado no regulan la obligatoriedad de sustentar los gastos generales, sino de solicitar el monto.

- La posición discrepante de las partes aborda los puntos controvertidos aludidos y que ahora este Tribunal procede a analizar a fin de emitir un pronunciamiento de acuerdo a derecho.

- Al respecto, el Reglamento de la Ley de Contrataciones señala:

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual
Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables *iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.*

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista*, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso".* (el resaltado es nuestro).

- De acuerdo con lo señalado en la normativa anterior, existen las siguientes posibilidades:

- La primera: la ampliación se ha debido a la paralización de la obra por causas no imputables a EL CONTRATISTA. De acuerdo a ello, se deben solicitar los gastos generales debidamente sustentados.

- La segunda: la ampliación no se debió a la paralización de la obra por causas no imputables a EL CONTRATISTA, por lo que corresponde solicitar los gastos generales, donde no se hace la precisión o sustentación de los mismos.

- Este Tribunal se adhiere a la segunda posibilidad, al ser la que se da en el caso materia de arbitraje. Pese a ello, este Tribunal considera necesario señalar que el artículo 202° del Reglamento no permite una mera solicitud sin el detalle de los motivos del monto correspondiente a los gastos generales.

- De acuerdo a ello, este Tribunal ha verificado que EL CONSORCIO presentó dicho detalle de los gastos generales correspondientes a las ampliaciones de plazo antes mencionadas mediante Carta s/n del 8 de julio de 2010[7].

- No obstante ello, EL MINISTERIO dio respuesta a la solicitud de gastos generales, exigiendo que EL CONSORCIO proceda a sustentar debidamente el monto de los mismos.

[7] Dicha carta obra como Anexo N° 01-C del escrito de contestación de la demanda.

- De acuerdo a lo que ha señalado EL MINISTERIO, mediante Informe N° 079-2010-I.E JCM/INSP.MCT/OINFE del 10 de agosto de 2010[8], el Inspector de la Obra corrigió el monto solicitado y lo estimó en S/. 179,494.57.

- Este Tribunal aprecia que EL MINISTERIO rechazó sin sustento la estimación de EL CONSORCIO, no habiéndose llegado a un acuerdo sobre el pago de los montos generales, pese a que, de acuerdo a la interpretación que ha realizado este Tribunal del artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no corresponde, en este caso, sustentar los mayores gastos generales.

3.4.3.3 Conclusión del Tribunal Arbitral.-

Por todo lo expuesto, este Tribunal conviene en declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda y, por tanto, FUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención. En tal sentido, debe entenderse que de acuerdo al artículo 202° del Reglamento, no corresponde a EL CONTRATISTA sustentar los mayores gastos generales cuando no ha habido paralización de la obra.

3.4.4 ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN, Y DEL CUARTO, QUINTO Y SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN.-

3.4.4.1 Introducción.-

El segundo punto controvertido de la demanda señala lo siguiente:

[8] Dicho Informe obra como anexo s/n del escrito de demanda.

"Determinar si procede declarar o no que EL MINISTERIO no ejerció abuso alguno contra EL CONSORCIO durante la ejecución de EL CONTRATO de obra antes citado".

El cuarto punto controvertido de la reconvención consiste en:

"Determinar si procede declarar o no que EL MINISTERIO pague a favor de EL DEMANDADO la suma de S/. 293,626.30 por Gastos Generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02 y 03 aprobadas mediante Resoluciones Jefaturales N° 2235-2010-ED, 0673-2010-ED y 0918-2010-ED de fechas 10 de diciembre de 2009, 13 de abril de 2010 y 29 de abril de 2010, respectivamente".

Asimismo, el quinto punto controvertido de la reconvención consiste en:

"Determinar si procede declarar o no el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de EL MINISTERIO".

Finalmente, el séptimo punto controvertido de la reconvención señala:

"Determinar si procede declarar o no que EL MINISTERIO de Educación abusó de su condición de entidad durante la ejecución de EL CONTRATO".

3.4.4.2 <u>Posición del Tribunal</u>.-

- De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, el artículo 202° del Reglamento desarrolla el supuesto de pago de gastos generales ante aprobación de Ampliaciones de Plazo.

- Conforme ha señalado este Tribunal, en caso la obra no haya paralizado por causa no imputable a EL CONTRATISTA, los montos de gastos generales no deben sustentarse.

- Así pues, se aprecia de los documentos obrantes en el expediente arbitral que las Resoluciones Jefaturales N° 2735-2009-ED, 0673-2009-ED, 0918-2009-ED, aprobaron las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02 –Parcial, 02 – Final, respectivamente.

- Una vez aprobadas las Ampliaciones de Plazo, correspondía el pago de los gastos generales, sin embargo, pese a que los mismos fueron pedidos, y reiteradamente solicitados a EL MINISTERIO[9], éste rechazó pagar los mismos aduciendo que el monto no estaría sustentado, bajo una incorrecta interpretación de lo dispuesto en el artículo 202º del Reglamento.

- Esta obligación estuvo estipulada asimismo en la Cláusula Décima Tercera de EL CONTRATO:

  "CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PRÓRROGA EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA
  (...)
  La ampliación de plazo por causas ajenas a EL CONTRATISTA se regirá según lo establecido en el artículo 201 del REGLAMENTO.
  Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.
  (...)".

- Toda vez que EL MINISTERIO no procedió a reconocer los gastos generales irrogados y solicitados por EL CONSORCIO, debe

[9] Véanse las Cartas N° 1060-CISTRIA-2010 del 10 de agosto de 2010 que obra como Anexo 01-D del escrito de contestación de la demanda y la Carta s/n del 5 de octubre de 2010 obrante como Anexo N° 01-E del escrito de contestación de la demanda.

considerarse que EL MINISTERIO incumplió con lo establecido en EL CONTRATO.

- La negativa de pagar los gastos generales y de no reconocer los montos determinados por EL CONSORCIO, denotan a todas luces un abuso de la posición de EL MINISTERIO sobre EL DEMANDADO.

- Siendo ello así, corresponde ordenar a EL MINISTERIO el pago de los gastos generales solicitados por EL CONSORCIO, conforme a lo dispuesto por el artículo 202° del Reglamento.

3.4.4.3 Conclusión del Tribunal Arbitral.-

Por todo lo expuesto, este Tribunal conviene en declarar FUNDADAS la Cuarta, Quinta y Séptima Pretensión de la Reconvención e INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda. En consecuencia, se considera que EL MINISTERIO ha incumplido las disposiciones de EL CONTRATO referidas al pago de gastos generales, abusando de su posición como Entidad contratante, por lo cual se le ordena el pago a favor de EL CONSORCIO del monto ascendente a S/. 293,626.30 (Doscientos noventa y tres mil seiscientos veintiséis con 30/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02-Parcial y 02-Final.

3.4.5 ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN; Y DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN.-

3.4.5.1 Introducción.-

El quinto punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no válida la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, por cuanto no se acreditó el Consorcio la afectación de la ruta crítica de la obra".

Por su parte, el segundo punto controvertido de la reconvención consiste en:

"Determinar si procede declarar o no la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada, por 89 días para la ejecución de la partida pintura de cerco perimétrico".

3.4.5.2 <u>Posición del Tribunal</u>.-

- De acuerdo a lo señalado por EL CONSORCIO, en el Asiento N° 88 de fecha 4 de enero de 2010 del Cuaderno de Obra, se solicitó a la Supervisión definir los colores de los zócalos y muros de los Sectores A y C. Este pedido se hizo conforme lo establecido en las normas de contrataciones y las disposiciones de EL CONTRATO.

- Posteriormente al pedido efectuado, EL CONSORCIO reiteró dicha consulta. Ello consta de la revisión que ha efectuado este Tribunal de los asientos 265, 266 y 268 del mismo cuaderno.

- EL CONSORCIO dejó constancia que hasta esas fechas no se habían absuelto las consultas, pese a que se venía afectando la ruta crítica de la obra e incumpliendo lo dispuesto por el artículo 196° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

- En el Asiento N° 267 del 24 de septiembre de 2010, el Inspector indicó que respecto a los colores el jueves 23 de septiembre se solicitó al Área de Estudios y Proyectos la definición de los colores de los Sectores A y C.

- Mediante Carta N° 1252-CISTRIA-2010 presentada el 27 de septiembre de 2010, EL CONSORCIO solicitó la Ampliación de Plazo N° 6 por 89 días y EL MINISTERIO respondió mediante Carta N° 5450-2010-ME-VMG1-OINFE notificada el 14 de octubre de 2010, declarando improcedente dicho pedido.

- En función de los criterios expuestos por EL CONSORCIO, la respuesta a dicho pedido debió realizarse mediante Resolución y no mediante Carta, siendo que, de ese modo, la Carta no habría surtido efectos y se habría ampliado el plazo de la obra en aplicación del Silencio Administrativo Positivo. De este modo, el plazo se habría extendido hasta el 26 de marzo de 2011.

- EL CONSORCIO agrega que posteriormente, en el Asiento N° 324 del 26 de noviembre de 2010, el Supervisor define el color de la pintura del Cerco Perimétrico del Sector C; y en el Asiento 325 del 27 de noviembre el Ingeniero Residente comunica haber recibido la definición del color de la pintura del Cerco Perimétrico del Sector C, con lo cual se verificaba el cese de la causal de ampliación de plazo.

- Según lo señalado por EL CONSORCIO, en el Asiento N° 329 del 30 de noviembre la residencia hace mención de la entrega de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 6 regularizada, por 89 días calendarios del 27 de noviembre de 2010 al 26 de marzo de 2011 para la ejecución de la partida de pintura del Cerco Perimétrico del Sector C. Dicha solicitud se declaró improcedente por Resolución Jefatural N° 3294-2010-ED del 7 de diciembre de 2010.

- EL CONSORCIO señala que dicha resolución jefatural carece de motivación, dado que se basa únicamente en los informes que realiza

ella misma, y sin pronunciarse sobre la aplicación del silencio administrativo positivo.

- Habiendo señalado los argumentos de EL CONSORCIO, y siendo que EL MINISTERIO ha solicitado a este Tribunal el análisis para la procedencia o no de dicha solicitud de ampliación, corresponde a continuación resolver la controversia. Para ello, este Tribunal hará un análisis, primero, de la Ampliación de Plazo N° 6 del 27 de septiembre de 2010[10]; y, segundo, de la Ampliación de Plazo N° 6 regularizada del 30 de noviembre de 2010[11].

Ampliación de Plazo N° 6 del 27 de septiembre de 2010

- El artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado señala:

"Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones.-
(...)
El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.
Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40 de la presente norma".

- El artículo 200° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala:

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

[10] Carta N° 1252-CISTRIA-2010 que obra como Anexo N° 01-O del escrito de contestación de demanda y reconvención.

[11] Carta N° 1500-CISTRIA-2010 que obra como Anexo N° 01-Q del escrito de contestación de demanda y reconvención.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.

4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado".

- Ahora bien, estas solicitudes de ampliación de plazo pueden presentarse tanto durante como hasta quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado. Es decir, ello conforme al procedimiento establecido en el artículo 201° del Reglamento:

"Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

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

16

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días,

contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.
Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".

- Ahora bien, este Tribunal ha verificado en los medios probatorios obrantes en el Expediente, la primera solicitud presentada respecto a la Ampliación de Plazo N° 6, atribuye al parecer un atraso en la obra por causas no atribuibles al Consorcio, sino más bien a la falta de respuesta de la Entidad sobre el color a elegirse para los zócalos y muros de los sectores A y C.

- La anotación en el cuaderno de obra respecto a estos presuntos atrasos en la elección de los colores se formularon en los siguientes asientos:

"Asiento N° 88 del Residente: 04/01/10
Se solicita a la Supervisión definir colores de zócalos y muros de los sectores A y C.

Asiento N° 265 de la Residencia: 23/09/10
Se insiste a la Entidad en la necesidad de contar con los colores de pintura requeridos para poder dar inicio al Pintado de zócalos y muros de los Sectores A y C, solicitud anotada en el Asiento N° 88 del

17

04/01/10, sin los cuales no es posible dar inicio a dicha partida. Dejamos constancia que nos encontramos dentro de la causal de Ampliación de Plazo del acápite 02 del art. 200 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
(...)

Asiento N° 266 de la Residencia: 24/09/10
Dada la necesidad de contar con el desarrollo de las partidas de pintura, se insiste en contar con los colores de pintura para los muros y zócalos de los sectores A y C, solicitud anotada en los Asientos N° 88 del 04/01/10 ya que no es posible dar inicio a dicha partida.
(...)

- De acuerdo a las anotaciones citadas en el cuaderno de obra, EL CONSORCIO solicitó en más de una ocasión, como afirma, la definición de los colores de pintura.

- Tal como puede apreciarse, este Tribunal advierte que los sectores A y C, los cuales pretendían ser pintados en algunas instalaciones, se vieron afectados producto de la desidia en responder respecto a la solicitud de colores para dichos sectores. Pese a ello, la respuesta efectuada por el MINISTERIO no se dio inmediatamente o dentro del plazo que exige la Ley de Contrataciones, generando evidentemente un perjuicio en EL CONSORCIO.

- El Tribunal considera que la solicitud de ampliación se encontraba plenamente sustentada en las causales señaladas por el artículo 200° del Reglamento.

- En ese sentido, la respuesta que emitió EL MINISTERIO mediante Oficio N° 5450-2010-ME/VMGI-OINFE[12] transgredió la legalidad, al no acoger lo dispuesto por el artículo 200° del Reglamento.

- Por otro lado, el artículo 10° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

"Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. ***La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias****.*
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma". (el subrayado es nuestro).

- Dado que el acto administrativo contenido en el Oficio N° 5450-2010-ME/VMGI-OINFE incurre en causal de invalidez, ello genera indefectiblemente su nulidad.

- Ahora bien, es necesario pronunciarnos respecto al argumento presentado por EL DEMANDADO. Así, EL CONSORCIO señala que la

[12] La misma obra como Anexo N° 01-F del escrito de contestación de demanda y reconvención.

norma exige que la respuesta de la Entidad se dé mediante Resolución. Al respecto, este Tribunal considera conveniente citar lo siguiente:

"Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo.
(...)
El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. ***La Entidad emitirá resolución*** *sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad".* (el resaltado es nuestro)

- Al respecto, debe entenderse que lo señalado en el artículo 201° del Reglamento hace alusión a un acto administrativo, y no a la denominación que tenga el instrumento que lo contenga (resolución, oficio, carta), el mismo que, por las razones expuestas, contravino la legalidad y, por tanto, carece de efectos.

- Este Tribunal, por tanto, conviene en señalar que la ampliación de plazo realizada 27 el de septiembre de 2010 debió ser admitida y aprobada por EL MINISTERIO.

Ampliación de Plazo N° 6 regularizada del 30 de noviembre de 2010:

- Dentro de los quince días posteriores al cese de la presunta causal de ampliación de plazo, EL CONSORCIO solicitó la ampliación de plazo

por 89 días desde el 27 de noviembre de 2010 hasta el 26 de marzo de 2011, por la demora en la definición de los colores.

- Los argumentos de dicha ampliación se fundaron en el silencio administrativo positivo, el cual este Tribunal Administrativo ha negado su aplicación al caso, pero que, de acuerdo al análisis anterior, debió otorgarse a EL CONSORCIO.

- En ese sentido, este Tribunal es de la posición de declarar procedente el pedido de ampliación N° 6 de EL CONSORCIO por los argumentos expuestos.

3.4.5.3 Conclusión del Tribunal.-

En consecuencia, El Tribunal declara INFUNDADA la Quinta Pretensión de la Demanda y, por tanto, FUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención. En ese sentido, declárese la invalidez de la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 6 y otórguese la ampliación a EL CONSORCIO.

3.4.6 ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN.-

3.4.6.1 Introducción.-

El tercer punto controvertido de la reconvención consiste en:

"Determinar si procede declarar o no, que EL MINISTERIO pague a EL CONSORCIO la suma de S/. 193,106.86 por Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 06 regularizada".

3.4.6.2 Posición del Tribunal.-

- Siendo la presente pretensión accesoria a la Segunda Pretensión de la Reconvención que fuera analizada en el punto anterior; y, toda vez que la misma fue declarada fundada, corresponde ordenar a EL MINISTERIO que pague a de EL CONSORCIO la suma de S/. 193,106.86 por concepto de gastos generales correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 6, al haber sido ésta ilegalmente denegada.

3.4.6.3 Conclusión del Tribunal.-

En consecuencia, en el presente caso, corresponde declarar FUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención, toda vez que la Ampliación de Plazo N° 6 debió ser aprobada bajo los argumentos expuestos en el punto 3.4.5 del presente Laudo.

3.4.7 ANALISIS DEL TERCER Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN; Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA RECONVENCIÓN.-

3.4.7.1 Introducción

El tercer punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no que el atraso en la ejecución de la obra fue injustificado por parte de EL DEMANDADO".

Asimismo, el sexto punto controvertido de la demanda consiste en:

"Determinar si procede declarar o no que el plazo contractual venció el 01 de diciembre de 2010".

Por su parte, el sexto punto controvertido de la reconvención consiste en:
"Determinar si procede declarar o no, que las causas de retraso de la obra se debieron a causas atribuibles a EL MINISTERIO".

3.4.7.2 Posición del Tribunal.-

- Los argumentos de las partes respecto a los puntos controvertidos en cuestión han sido escuetos, no obstante ello, este Tribunal ha procedido a analizar la documentación presentada como medios probatorios por las partes.

- A partir de ello, y partiendo de los puntos antes analizados por este Tribunal, conviene hacer mención de las Resoluciones Jefaturales y Oficios que dan cuenta de las ampliaciones de los plazos de la obra materia de arbitraje.

- Así podemos señalar:

  "Resolución Jefatural N° 2735-2009-ED del 10 de diciembre de 2009
  Artículo 1°.- Declarar PROCEDENTE la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 – Sector A por 20 días calendario (...)".

  "Resolución Jefatural N° 0673-2010-ED del 13 de abril de 2010:
  Artículo 1°.- Declarar PROCEDENTE la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 – Parcial por 90 días calendario para la ejecución de la Obra I.E. "José Carlos Mariátegui (...)".

  "Oficio N° 1796-2010-ME/VMGI-OINFE
  (...) Resolución Jefatural N° 919-2010-ED, de fecha 29 de abril de 2010, que resuelve declarar PROCEDENTE la solicitud de ampliación

de Plazo N° 03 por 90 días calendario para la ejecución de la obra: I.E. "José Carlos Mariátegui (...)".

"Oficio N° 1797-2010-ME/VMGI-OINFE
(...) Resolución Jefatural N° 918-2010-ED, de fecha 29 de abril de 2010, que resuelve declarar PROCEDENTE la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02-Final por 03 días calendario para la ejecución de la obra: I.E. "José Carlos Mariátegui (...)".

- De la evaluación de los considerandos de las Resoluciones antes citadas, no se aprecia juicio sobre los avances de las obras o retrasos que sean imputables a EL CONSORCIO, por el contrario, se ha verificado que el plazo inicialmente pactado de 180 días calendario fue modificado en más de una ocasión.

- Este Tribunal es de la posición que debe tenerse en cuenta la posición que se ha tenido en cuanto a las ampliaciones de plazo N° 1, 2-parcial y 2-final, las cuales si bien fueron admitidas, no se cumplió con efectuar el pago por los gastos generales, según ha analizado este Tribunal anteriormente.

- EL CONSORCIO ha argumentado contra lo señalado por EL MINISTERIO, que la falta de liquidez por estos gastos generales no pagados le ocasionaron perjuicios y retrasos en la conclusión de la obra.

- Ello puede apreciarse de los Oficios N° 003-2011-ME/VMGI-OINFE del 4 de enero de 2011[13], en donde se aprecia que, si bien se comunica a EL CONSORCIO presuntos retrasos imputables a él, se hace mención

[13] El cual obra como Anexo N° 01-D del escrito de demanda.

que la causa de ello, de acuerdo a EL CONSORCIO, habría sido la falta de liquidez.

- Es la posición de este Tribunal que los gastos generales que no fueron cancelados por EL MINISTERIO y que ascienden a S/. 293,626.30 son suficientes para producir un menoscabo en las operaciones del Consorcio y que llevaron a que la conclusión de la obra se diera con posterioridad a lo previsto inicialmente.

- Adicionalmente a ello, EL MINISTERIO indica que la fecha de conclusión debió considerarse el 1 de diciembre de 2010, lo cual este Tribunal rechaza, siendo que el retraso se produjo por causa imputable a ella, y se continuó, incluso, con su consentimiento, aceptando el desistimiento de la resolución contractual que efectuara EL CONSORCIO el 5 de enero de 2011.

3.4.7.3 <u>Conclusión del Tribunal</u>.-

En consecuencia, de acuerdo a los argumentos expuestos, este Tribunal declara INFUNDADAS la Tercera y Sexta Pretensión de la Demanda; y, FUNDADA la Sexta Pretensión de la Reconvención. En ese sentido, se considera que el atraso en la ejecución de la obra fue imputable a EL MINISTERIO.

3.4.8 COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO.-

Este Tribunal determina que los pagos de los costos y costas del presente proceso arbitral serán pagados tanto por EL MINISTERIO como por EL CONSORCIO, en partes iguales.

4 PARTE RESOLUTIVA.-

Que en virtud de los considerandos precedentes, el Tribunal Arbitral resuelve:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa deducida por EL CONSORCIO, según lo señalado en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO.- Declarar IMPROCEDENTE la Primera y Séptima Pretensión de EL MINISTERIO. En este sentido, debe declararse que la resolución contractual efectuada por EL CONSORCIO con fecha 5 de enero de 2011, carece de eficacia al haber sido revocada, con conocimiento y aceptación de EL MINISTERIO y, por tanto, al no habérsele irrogado daño alguno mediante el mismo.

TERCERO.- Declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda y, por tanto, FUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención. En este sentido, debe entenderse que de acuerdo al artículo 202º del Reglamento, no corresponde a EL CONSORCIO sustentar los mayores gastos generales cuando no ha habido paralización de la obra.

CUARTO.- Declarar FUNDADAS la Cuarta, Quinta y Séptima Pretensión de la Reconvención e INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda. En consecuencia, se considera que EL MINISTERIO ha incumplido las disposiciones de EL CONTRATO referidas al pago de gastos generales, abusando de su posición como Entidad contratante, por lo cual se le ordena el pago a favor de EL CONSORCIO del monto ascendente a S/. 293,626.30 (Doscientos noventa y tres mil seiscientos veintiséis con 30/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02-Parcial y 02-Final.

QUINTO.- Declarar INFUNDADA la Quinta Pretensión de la Demanda y, por tanto, FUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención. En ese sentido, declárese la

invalidez de la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 6 y otórguese la ampliación por 89 días a EL CONSORCIO.

SEXTO.- Declarar FUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención, en consecuencia, se ordena que EL MINISTERIO pague a favor de EL CONSORCIO la suma ascendente a S/. 193,106.86 por concepto de gastos generales correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 6, al haber sido ésta ilegalmente denegada.

SEPTIMO.- Declarar INFUNDADAS la Tercera y Sexta Pretensión de la Demanda; y, FUNDADA la Sexta Pretensión de la Reconvención. En ese sentido, se considera que el atraso en la ejecución de la obra fue imputable a EL MINISTERIO.

OCTAVO.- Declarar que los pagos de los costos y costas del presente proceso arbitral serán pagados tanto por EL MINISTERIO como por EL CONSORCIO, en partes iguales.

.....
DR. RICHARD MARTIN TIRADO
Presidente del Tribunal Arbitral

.....
ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS
Miembro del Tribunal Arbitral

.....
MILTON GUZMAN GUTIERREZ
Miembro del Tribunal Arbitral

.....
LORENA SUAREZ ALVARADO
Secretaria Arbitral