

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE : DIAL CONSTRUCTORES S.R.L.

DEMANDADO : PROVIAS DESCENTRALIZADO -
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES

ÁRBITROS : Renzo Zárate Miranda (Presidente)
Rómulo Madueño Tapia
Mario Manuel Silva López

Resolución Número VEINTISEIS
Miraflores, 24 de junio de Dos Mil Once.

VISTO:

ANTECEDENTES:

Primero: Resulta de autos que mediante escrito que obra en autos a fojas cuarenta y ocho a sesenta DIAL CONSTRUCTORES SRL interpone demanda arbitral contra PROVIAS DESCENTRALIZADO – MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, a fin que se declare: a) La nulidad y/o ineficacia parcial de la resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009, comunicada con oficio N° 939-2009-MTC/21UGAL de fecha 13 de Mayo de 2009, por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada la Ampliación de Plazo N° 01 sin el reconocimiento de los gastos reales, y en consecuencia se reconozca el pago de gastos generales más intereses generados hasta la fecha de pago en su favor, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante la paralización de la obra que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954º del Código Civil ; b) La nulidad y/o ineficacia parcial de la

resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009, comunicada con oficio N° 1154-2009-MTC/21UGAL de fecha 05 de Junio de 2009, por la que PROVIAS DESCENTRALIZADO resuelve declarar fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 02 por 10 días calendarios, sin el reconocimiento de mayores gastos generales, en consecuencia se les conceda los veinte (20) días calendarios solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954° del Código Civil; c) La nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, notificada el día 10 de Julio de 2009, por la cual, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por 15 días calendario; en consecuencia, se declare la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días calendarios, hecha con Carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009, al amparo del art. 259° del DS N°084-2004-PCM, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales al amparo del art. 260° del DS N°084-2004-PCM, más los intereses que se generen hasta la fecha de su pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el periodo de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954° del Código Civil; d) La obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de cancelación; e) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de obra, y de adelante directo, al

haberse excedido los plazo contractuales, la misma que no se puede recuperar por la desidia de la entidad contratante, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo su participación en diversos procesos de selección. Segundo: Mediante escrito de subsanación obrante a fojas ciento dos a ciento treinta y cuatro, presentado por Secretaría Arbitral con fecha 26 de Marzo de 2010, DIAL CONSTRUCTORES SRL cumple con precisar que su pretensión se valoriza en S/.28,351.10 (Veintiocho Mil Trescientos Cincuenta y Uno con 10/100 Nuevos Soles) más los intereses legales a la fecha de pago; asimismo, precisan la suma de S/.20,000.00 (Veinte Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daños y perjuicios; cumpliendo asimismo con adjuntar en fotocopia simple los medios probatorios señalados en su escrito de demanda, tales como: el contrato de obra, un contrato de compra de material de afirmado de fecha 06 de Marzo de 2009, la carta N°015-2009/DIAL de fecha 17 de Abril de 2009; la carta N°024-2009/DIAL de fecha 29 de Abril de 2009, la Resolución Directoral N°765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009, la carta N°028-2009/DIAL de fecha 19 de Mayo de 2009, la Resolución Directoral N°713-2009-MTC/21.UGAL de fecha 02 de Junio de 2009, la Resolución Directoral N°932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009, la carta N°042-2009/DIAL de fecha 15 de Junio de 2009, la Resolución Directoral N°1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, la carta N°056-2009/DIAL de fecha 20 de Julio de 2009, la carta N°060-2009/DIAL de fecha 23 de Julio de 2009 y la carta notarial N°58428 de fecha 04 de Agosto de 2009; adjuntando además copia simple del testimonio de constitución de la empresa demandante así como la copia del DNI del representante legal. Estando a los escritos presentados, el Tribunal Arbitral decidió, mediante Resolución N° Tres de fecha 23 de Marzo de 2010 y Resolución N° Cuatro de fecha 29 de Marzo de 2010, correr traslado de la demanda y su subsanación a PROVIAS DESCENTRALIZADO a fin que en el plazo de quince días hábiles cumpla con contestarla; Tercero: Mediante escrito presentado por Secretaría Arbitral con fecha 19 de Abril de 2010, PROVIAS DESCENTRALIZADO cumplió con absolver el traslado de la demanda, contestando la misma y deduciendo excepciones en los siguientes términos: a) Sobre la Excepción de Caducidad, refiere que esta procede respecto a la oportunidad que tenía el demandante para solicitar el inicio del arbitraje por la decisión de la Entidad respecto a sus pedidos de Ampliación de Plazos N° 01, 02 y 03; a.1) Con relación a la pretensión de declarar la nulidad de la

Resolución Directoral 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009 por la que la Entidad declara fundada la Ampliación de Plazo N° 01 sin reconocimiento de gastos reales y la Resolución Directoral 932-2009-MTC/21 de fecha 05 de Junio de 2009, por la que la Entidad declara fundada la Ampliación de Plazo N° 02, por 10 días calendarios, sin reconocimiento de gastos generales, PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que el Contratista nunca ha presentado ninguna solicitud de arbitraje a través de las cuales haya cuestionado la decisión de la Entidad contenida en las Resoluciones Directorales antes mencionadas, sino que es recién en la presente demanda que expone sus controversias respecto a dichas decisiones, esto es que, que dichas Resoluciones Directorales no fueron cuestionadas por el Contratista, conforme lo establece el artículo 259° - último párrafo - del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual establece que cualquier controversia relacionada con Ampliaciones de Plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión; a.2) Con relación a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009 por la cual la Entidad contratante declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 03, por quince (15) días calendarios, PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que, la parte demandante ha sobrepasado el plazo fijado en el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ya que al ser notificada con la Resolución 1114-2009-MTC/21 el 25 de Junio de 2009, debió presentar su solicitud de arbitraje dentro de los 15 días calendario siguientes, debiendo ser el plazo máximo para presentar su solicitud de arbitraje el día 17 de Julio de 2009; sin embargo, como es de advertirse la contratista presentó su demanda el 24 de Julio de 2009; por lo que su solicitud deviene en extemporánea, operado la excepción de caducidad planteada; b) Sobre la Excepción de Incompetencia, PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que DIAL CONSTRUCTORES SRL pretende el reconocimiento de mayores gastos generales bajo la figura del enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa, sin embargo, la cláusula Trigésima Sexta del Contrato establece que, "*tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato*", por lo que, afirman que las pretensiones respecto de las cuales deducen excepción son materias que no pueden ser discutidas en la vía arbitral, al existir un acuerdo expreso de las partes de no ser sometidas a arbitraje las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas a la del contrato, como la es la de enriquecimiento sin causa; siendo entonces una materia judicial, pues no se encuentra dentro de los supuestos regulados en el artículo 53°, numeral 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones

del Estado y además porque no se pactó en el convenio arbitral la obligación de resolver una controversia extracontractual; c) Sobre la cuestión de fondo, PROVIAS DESCENTRALIZADO contesta la demanda pronunciándose: c.1.) Respecto a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009 por la que la Entidad "declara fundada la Ampliación de Plazo N° 01 sin reconocimiento de gastos reales, y el reconocimiento del pago de gastos generales más intereses generados hasta la fecha de pago en su favor, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante la paralización de la obra que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954º del Código Civil", PROVIAS DESCENTRALIZADO manifiesta que efectivamente se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 mediante la Resolución Directoral 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009 notificada a DIAL CONSTRUCTORES mediante Oficio 939-2009-MTC/21UGAL de fecha 13 de Mayo de 2009, sin embargo, es de conocimiento de la Contratista que las ampliaciones de plazo no dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, tal como se menciona en la Cláusula Décima Primera, ítem 11.9 del Contrato N° 071-2009-MTC/21 cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF; c.2) Respecto a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral 932-2009-MTC/21 de fecha 05 de Junio de 2009, en la que PROVIAS DESCENTRALIZADO resuelve "declarar fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 02, por 10 días calendarios, sin el reconocimiento de mayores gastos generales, en consecuencia se les conceda los veinte (20) días calendarios solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra", PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que la Ampliación de

Plazo N° 02 fue aprobada por Resolución Directoral 932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009 y notificada notarialmente a la Contratista mediante Oficio N° 1151-2009-MTC/21UGAL de fecha 04 de Junio de 2009; que, desde la notificación de la Resolución de aprobación hasta su consentimiento, la Entidad no recibió ningún documento por parte de la Contratista, respecto a algún desacuerdo de la citada aprobación de la Ampliación N° 02, cuya causal fue la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional de Obra N° 01; qué, asimismo, es de conocimiento de la Contratista que las ampliaciones de plazo no dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, tal como se menciona en la Cláusula Décima Primera, ítem 11.9 del Contrato N° 071-2009-MTC/21 cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF y, finalmente que, mediante Carta N° 030-2009/DIAL de fecha 22 de Mayo de 2009, la Contratista renuncia a los Gastos Generales de la Ampliación de Plazo N° 02, a consideración de lo estipulado en el Contrato de Obra suscrito con la Entidad; c.3) Respecto a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, en la que PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 03, por quince días calendarios, y "en consecuencia, se declare la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días calendarios, hecha con Carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009, al amparo del art. 259° del DS N°084-2004-PCM, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales al amparo del art. 260° del DS N°084-2004-PCM, más los intereses que se generen hasta la fecha de su pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el periodo de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954° del Código Civil", PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que, la fecha de término de la obra, incluidas las Ampliaciones de Plazo aprobadas, correspondía al 02 de Junio de 2009 y, mediante Carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de Junio de 2009, la Contratista presenta su solicitud de Ampliación N° 03; según la cláusula Décima Primera del contrato, ítem 11.8, "toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo de ejecución", y el contratista presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N°03 con fecha 15 de Junio de 2009, a través de la Carta N° 042-2009/DIAL, es decir, fuera del

plazo de ejecución (programado para el 02 de Junio de 2009), por lo tanto, su pedido de Ampliación de Plazo fue presentado de manera extemporánea, que, respecto a la supuesta aprobación de la Ampliación de Plazo N°03 por silencio administrativo positivo por haber recibido la notificación de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 con fecha 10 de Julio de 2009 no se ajusta a la verdad, ya que dicha resolución fue notificada notarialmente mediante Oficio 1358-2009-MTC/21UGAL de fecha 25 de Junio de 2009 y vía fax con fecha 25 de Junio de 2009, cumpliendo con lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra N° 071-2009-MTC/21; que, respecto al reconocimiento de Gastos Generales solicitados por la Contratista, PROVIAS DESCENTRALIZADO refiere que, es de conocimiento de la Contratista que las ampliaciones de plazo no dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, tal como se menciona en la Cláusula Décima Primera, ítem11.9 del Contrato N° 071-2009-MTC/21 cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF; que, la Ampliación de Plazo N° 03 presentada por la Contratista se declaró improcedente porque fue presentada de manera extemporánea, debido a que la Contratista presentó su solicitud cuando el plazo de ejecución contractual ya había vencido el 02 de Junio de 2009, no cumpliendo con los requisitos de procedibilidad exigidos en el Numeral 11.8 de la Cláusula Décima Primera del Contrato N° 071-2009-MTC/21, así como lo establecido en el literal b) del Numeral 3.3.9 de la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21; y, finalmente que, mediante Oficio Notarial N° 2458-2009-MTC/21 de fecha 04 de Agosto de 2009 se le comunicó a la Contratista que la Entidad se ratificaba en lo vertido en la Resolución Directoral 1114-2009-MTC/21 y que habiendo sido notificado con fecha 25 de Junio de 2009 (vía fax) con la mencionada resolución, y no habiendo hecho uso de su derecho para recurrir a la vía arbitral dentro del plazo establecido por el artículo 259º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; c.4) Respecto a la obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de cancelación; PROVIAS DESCENTRALIZADO solicita que el Tribunal Arbitral ordene a la Contratista asuma todos los gastos que irroga el presente arbitraje, pues viene cuestionando decisiones de la Entidad sin ningún argumento jurídico ni técnico coherente; c.5) Respecto a la pretensión de que, se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de obra, y de adelante directo, al haberse excedido los plazo contractuales, la misma que no se puede recuperar por la desidia de la

entidad contratante, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal como lo estipula los artículos 1969º y 1985º del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo su participación en diversos procesos de selección, PROVIAS DESCENTRALIZADO manifiesta que, tanto el contrato como la Ley y el Reglamento obligan a un contratista a mantener vigente, a su costo, las garantías requeridas hasta el momento de la liquidación final del contrato; que, en el presente caso, el hecho de que exista la obligación legal de que la contratista renueve las garantías hasta el consentimiento de la liquidación de obra, genera que no se presenten los elementos de la responsabilidad civil, debiendo declararse infundado este extremo de la demanda; d) En calidad de **medios probatorios** que sustentan su absolución PROVIAS DESCENTRALIZADO ofrece: el contrato N° 071-2009-MTC/21, el oficio N°939-2009-MTC/21UGAL de fecha 13 de mayo de 2009, la Resolución Directoral N°765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009, un correo electrónico enviado a la contratista con fecha 12 de Mayo de 2009, carta N° 030-2009/DIAL de fecha 22 de Mayo de 2009, la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009, el Oficio 1151-2009-MTC/21UGAL de fecha 04 de Junio de 2009, la carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de Junio de 2009, la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, el Oficio N° 1358-2009-MTC/21UGAL de fecha 25 de Junio de 2009, un correo electrónico enviado a la Contratista con fecha 25 de Junio de 2009 y el Oficio N° 2458-2009-MTC/21 de fecha 04 de Agosto de 2009; **Cuarto:** Mediante Resolución N° SEIS de fecha 20 de Abril de 2010, Secretaría Arbitral confiere traslado a DIAL CONSTRUCTORES SRL de las excepciones formuladas por PROVIAS DESCENTRALIZADO, cumpliendo dicha parte con la absolución de las mismas, manifestando que, respecto a la excepción de Caducidad, a) deberá ser declarada infundada por cuanto la entidad contratante deberá entender y/o comprender que los plazos de caducidad se establecen por Ley (D.S. 083-2004 PCM), así lo estipula el Artículo 2001º del Código Civil, el cual señala; "los plazos de caducidad es fijado por ley, sin admitir pacto en contrario", concluyendo en que un reglamento como es el caso del DS 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no puede contener en su cuerpo legal plazos de caducidad; b) que, en aplicación del Artículo 43º del cuerpo normativo en mención, y teniendo en cuenta que dentro de los presentes hechos no se ha emitido Liquidación Final de Obra alguna, por consiguiente, no habría culminado el contrato pudiendo la recurrente acudir al

Arbitraje conforme el Artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, puesto que su derecho está vigente y no caduco como lo pretende hacer indicar la Entidad contratante, motivo por el que la excepción de caducidad debe declararse improcedente; asimismo, respecto a la excepción de Incompetencia, señala que: a) el artículo 53.2) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad, b) que, dentro de este supuesto se encuentra el enriquecimiento sin causa, pues esta figura se presenta cuando la Entidad no cumple con pagar los montos solicitados por la empresa, que es materia de controversia, y en virtud del convenio arbitral, el Poder Judicial es incompetente para conocer de alguna controversia que surja del contrato que contenga cláusula arbitral firmado entre las partes, tales como la Indemnización, el reconocimiento de Mayores Gastos Generales, las aplicaciones de las penalidades, y por ende el enriquecimiento sin causa, pues la Entidad contratante al no cumplir con su obligación de pago que es consecuencia de la ejecución del contrato se estaría enriqueciendo indebidamente sin causa, por ende utiliza supletoriamente el Código Civil, como menciona expresamente el Artículo 201 del DS 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, referente a la supletoriedad del Código Civil en los contratos de obras, por ese motivo, se debe declarar infundada la excepción de incompetencia planteada por la Entidad Contratante, respecto de las pretensiones referidas, puesto que los argumentos no son aplicables a la naturaleza del medio de defensa esgrimido por la demandada. Quinto: Cumplido el traslado conferido, el Tribunal Arbitral realizó con fecha 04 de Mayo de 2010, en la sede arbitral, la AUDIENCIA DE CONCILIACION Y DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, contando con la participación de los representantes de ambas partes: a) Secretaría Arbitral da cuenta de la Recusación planteada por PROVIAS DESCENTRALIZADO contra el Arbitro Mario Silva López ante el OSCE con fecha 12 de Enero de 2010, incidente del cual con fecha 24 de Marzo de 2010 se solicitó su remisión al Tribunal Arbitral para su resolución; sin embargo, pese al tiempo transcurrido la Dirección de Arbitraje de OSCE no ha respondido ni enviado información alguna; por requerimiento del Tribunal Arbitral PROVIAS DESCENTRALIZADO, con fecha 30 de Abril de 2010, presentó por Secretaría copia del cargo del escrito de Recusación. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 05 resolvió tener presente el escrito en mención, siendo

posteriormente absuelta por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. con fecha 19 de Abril de 2010; atendiendo a ello, el Tribunal Arbitral decide que resolverá con posterioridad a la presente audiencia, disponiendo que por Secretaría se requiera nuevamente a la Dirección de Arbitraje de OSCE sobre el pronunciamiento correspondiente; b) Acto seguido y en referencia al Saneamiento Procesal, el Secretario Arbitral da cuenta al Tribunal acerca de las excepciones de Caducidad e Incompetencia, deducidas por PROVIAS DESCENTRALIZADO en su escrito de contestación de demanda de fecha 19 de Abril de 2010, cuestionando la existencia de una relación jurídica procesal válida; en ese estado, el Tribunal Arbitral en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 22 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, decide resolver las excepciones al momento de expedir el laudo arbitral; y, habiendo el Tribunal analizado las pretensiones de las partes, determina que estas no se encuentran incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), por lo que se declara el saneamiento arbitral; c) De inmediato, el Tribunal Arbitral invitó a las partes a fin de propiciar un acuerdo conciliatorio que pusiera fin al proceso, sin embargo estas expresaron que de momento no resulta posible arribar a una conciliación, pero que la misma podría darse en cualquier estado del proceso; d) El Tribunal, luego de revisar lo expuesto por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. en su escrito de demanda arbitral, así como lo expuesto por PROVIAS DESCENTRALIZADO en su escrito de contestación de demanda, procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes: d.1) Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009, por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada la Ampliación de Plazo N° 01 sin el reconocimiento de los gastos reales, d.2) Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009, por la que PROVIAS DESCENTRALIZADO resuelve declarar fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 02 por 10 días calendarios, sin el reconocimiento de mayores gastos generales; d.3) Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que conceda 20 días calendarios solicitados por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. al amparo del Art. 258º del D.S. 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), d.4) Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, por la cual, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por 15 días calendario; d.5) Determinar si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por quince

días calendario, hecha con carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009; d.6) Determinar si corresponde ordenar el reconocimiento y pago de mayores gastos generales o en su defecto mayores gastos reales de la ampliación de plazo N° 01, 02 y 03 ascendentes a la suma de S/. 28,351.10 Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el periodo de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos, gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante dicha paralización que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra; d.7) Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO el reconocimiento de la obligación de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y del secretario arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación; d.8) Determinar si corresponde ordenar el pago de S/.20,000.00 Nuevos Soles por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de obra, y de adelante directo, al haberse excedido los plazo contractuales; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de DIAL CONSTRUCTORES S.R.L en diversos procesos de selección; d.9) Determinar si las ampliaciones de plazo no dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, como se menciona en la Cláusula Décima Primera, ítem 11.9 del contrato N° 071-2009-MTC/21 cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF; d.10) Determinar si desde la notificación de la Resolución de aprobación de Ampliación de Plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte de la contratista, respecto a algún desacuerdo de la citada aprobación de la Ampliación N° 02, cuya causal fue la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional de Obra N° 01; d.11) Determinar si la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 de fecha 15 de Junio de 2009 se efectuó fuera del plazo de finalización de la ejecución del contrato (programado para el 02 de Junio de 2009), según la Cláusula Décima Primera del contrato, ítem 11.8; y finalmente, d.12) Determinar si PROVIAS DESCENTRALIZADO ha incurrido en responsabilidad civil indemnizatoria por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra y de Adelanto Directo al haberse excedido los plazos contractuales y, si era obligación legal de la contratista el mantener vigente a su costo, las garantías requeridas hasta el momento de la liquidación final del contrato; fijados los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral indica que se reserva el derecho de

pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados los puntos controvertidos en la presente Acta. Asimismo, podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación; e) Luego, atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y a los escritos presentados por las partes en la etapa postulatoria, el Tribunal Arbitral procede a calificar los medios probatorios ofrecidos: e.1) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por parte de la empresa constructora DIAL CONSTRUCTORES S.R.L.: El Tribunal Arbitral resuelve rechazarlos al haberlos presentado extemporáneamente en su escrito de fecha 26 de Marzo de 2010; sin perjuicio de ello el Tribunal podrá de oficio requerir medios probatorios adicionales y/o actuar los medios probatorios presentados de manera extemporánea, e.2) Respecto de los medios probatorios ofrecidos por parte de PROVIAS DESCENTRALIZADO: Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda de fecha 19 de Abril de 2010, signados con los numerales 1 al 12 del acápite V denominado "MEDIOS PROBATORIOS"; f) Considerando que los medios probatorios ofrecidos por las partes son de actuación inmediata, concretamente instrumentales, el Tribunal Arbitral considera oportuno prescindir de la Audiencia de Pruebas por carecer de objeto; no obstante haber admitido los medios probatorios ofrecidos por las partes en los escritos de demanda y subsanación de demanda arbitral así como de contestación a la demanda, el Tribunal Arbitral se reserva la facultad de solicitar a las partes aporten los medios probatorios que considere necesarios para esclarecer la controversia, incluyendo la actuación de medios probatorios de oficio; con lo que concluyó la AUDIENCIA; Sexto: Con fecha 05 de Julio de 2010 a Hrs. 3:30 pm, en la sede arbitral se realizó la diligencia de INFORME ORAL dispuesta mediante Resolución N° DIEZ, con presencia de ambas partes, concediéndose la palabra a sus representantes por espacio de 10 minutos, empezando por el demandante y concluyendo con la demandada, concediéndose asimismo, la oportunidad de efectuar una dúplica a los mismos, con lo que concluyó la diligencia; Séptimo: Mediante escrito de fecha 15 de Julio de 2010, PROVIAS DESCENTRALIZADO ofrece al Tribunal Arbitral copia fedateada del Oficio N° 1358-2009-MTC/21 UGAL de fecha 25 de Junio de 2009 conjuntamente con la constancia de notaría, mediante la cual se notificó la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 que declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 03 solicitada por la demandante; asimismo, remite copia fedateada del correo electrónico remitido a la contratista con fecha 25 de Junio de 2009 a

través del cual también se le notificó con la mencionada Resolución Directoral; Octavo: Por Resolución N° 13 de fecha 16 de Septiembre de 2010, el Tribunal Arbitral dispuso que, en un plazo no mayor a 3 días, las partes cumplan con presentar los siguientes documentos: a) Respecto a la ampliación de Plazo N° 01, el cálculo de los gastos generales debidamente documentados, así como el cargo que demuestra que la carta en que se notifica la resolución que aprueba dicha ampliación de plazo N° 01, fue recibida por el contratista el 08 de Junio de 2009; b) Respecto a la solicitud de ampliación de Plazo N° 02, la documentación que sustenta la solicitud de dicho plazo así como el cálculo de los gastos generales solicitados debidamente documentados; c) Respecto a la ampliación de Plazo N° 03, copia legible del cargo del Oficio N° 1358-2009-MTC/21.UGAL de fecha 25 de Junio de 2009, y que acredite que el contratista fue notificado con fecha 10 de Julio de 2009, toda vez que se advierte que en el sello de recibido no se nota con claridad la fecha de recepción; c) El cálculo de los gastos reales debidamente documentados que solicita el contratista; d) Con respecto a los daños y prejuicios demandados, los documentos que acrediten los gastos financieros por renovación de las cartas fianzas entregadas a la entidad demandada; Noveno: Mediante escrito de fecha 05 de Octubre de 2010, PROVIAS DESCENTRALIZADO, dando cumplimiento al Mandato conferido mediante la Resolución N° 13 remite la documentación requerida por el Tribunal Arbitral; Décimo: Mediante escrito de fecha 14 de Octubre de 2010, DIAL CONSTRUCTORES SRL, por su parte, dando cumplimiento a la Resolución N° 13, sin adjuntarlos a su escrito ofrece los siguientes documentos: Hoja de cálculo detallado de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03; Carta (sin fecha) solicitando la ampliación de Plazo N° 01; Oficio N° 939-2009-MTC/21UGAL de fecha 13.05.09 contenido la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12.05.09 que resuelve: Declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 01; Carta (sin fecha), solicitando Ampliación de Plazo N° 02; Oficio N°1154-2009-MTC/21 de fecha 05.06.09, contenido la Resolución Directoral N°932-2009-MTC/21UGAL de fecha 04.06.09 que resuelve: Declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 02, por solo 10 días calendarios; Carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15.06.09, solicitando la ampliación de Plazo N° 03; Oficio N° 1358-2009-MTC/21 de fecha 25.06.09, contenido la Resolución Directoral N°1114-2009-MTC/21UGAL de fecha 25.06.09, notificada el 10.07.09, que resuelve: Declarar Improcedente la Ampliación de Plazo N° 03; y, Hojas de Cuaderno de Obra; Décimo Primero: Al no haber cumplido DIAL CONSTRUCTORES SRL con adjuntar a los documentos a que hace referencia en su escrito de fecha 14 de Octubre de 2010, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 18, le requiere a fin que en un plazo no

mayor a 2 días hábiles cumpla con presentarlos; Décimo Segundo: Habiéndose llevado a cabo el informe oral por ambas partes, cumplido el requerimiento de presentación de documentos ordenado por el Tribunal Arbitral y no habiendo otras actuaciones pendientes de realizar, el Tribunal Arbitral dispone mediante Resolución N° 23 dar por concluida la etapa postulatoria y de pruebas del presente proceso, comunicando a las partes que el mismo se encuentra pendiente de ser resuelto mediante **Laudo Arbitral** que será expedido en un plazo no mayor a **30 DÍAS HÁBILES**, disponiéndose luego, mediante **Resolución N° 24**, prorrogar el plazo arbitral por 20 días hábiles adicionales, estando a la complejidad de la materia en discusión y la valoración del material probatorio aportado por las partes.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El Tribunal Arbitral procederá a analizar cada uno de los puntos controvertidos señalados en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos de Controvertidos del 04.05.10, debiendo en primer lugar señalar cuál es la ley aplicable al presente caso.

Este Tribunal Arbitral considera que debe primeramente dejar claramente estipulado que por la fecha de suscripción del Contrato de Ejecución de Obra N°071-2009-MTC/21, la norma aplicable es: los acuerdos señalados en el Contrato de Ejecución de Obra N°071-2009-MTC/21 (en adelante el contrato), el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (TUO de la Ley N° 26850) y el Decreto Supremo 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

1. Punto controvertido N° 1:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12.05.09 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada la Ampliación de Plazo N° 1 sin el reconocimiento de gastos reales.

Respecto del presente punto controvertido, debemos señalar que la demandante afirma que mediante Carta N° 024-2009/DIAL del 29.04.09 se remitió a la Entidad la solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 22 días calendario, como consecuencia que, según la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21, el Alcalde del distrito de Chetilla tuvo que construir un muro de contención de 18 mts. de largo por 2.80 mts. de altura, obra que

concluyó el 22.04.09, y por lo cual se demoró 25 días, lo cual generó que no se pueda transitar con carga pesada durante ese lapso de tiempo. Asimismo, se puede apreciar de la Resolución antes indicada que existió un deslizamiento de talud en el Km. 38, que derivó que la contratista solicitara, finalmente, el reconocimiento de 22 días de ampliación de plazo.

Teniendo en cuenta la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01, la Entidad mediante Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 del 12.05.09, que le fue comunicada con el Oficio 939-2009-MTC/21.UGAL del 13.05.09, declaró fundada la ampliación de plazo N° 1 sin el reconocimiento de mayores gastos generales. En esa línea, la demandada aduce que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, toda vez que, de conformidad con el numeral 11.9 de la cláusula décimo primera del contrato de ejecución obra: **“Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en el contrato de préstamo”**.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral debe resolver la controversia en el sentido de entender si es legal y legítimo que el contratista pueda solicitar y ser reconocido con los mayores gastos generales generados por culpa o sin culpa de la entidad, no obstante lo indicado en el contrato de obra.

Este Tribunal, luego de un análisis del contrato de ejecución de obra, puede advertir que dicho contrato de obra devino de un concurso público internacional. En efecto, dicho proceso de selección de comparación de precios por proceso N° CI-599-2008-MTC/21-SHOPPING se convocó bajo el marco legal del contrato de préstamo N° 1810/2007-BID y N° 7423-PE-BIRF entre el BID y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – PROVIAS Descentralizado.

En esa línea, la demandante y la demandada suscribieron el contrato de ejecución de obra N° 071-2009-MTC/21, mediante el cual la contratista se obligó a ejecutar todos los trabajos para la ejecución de la obra de mantenimiento periódico del camino vecinal Cajamarca –Cumbemayo – Chetilla, Cajamarca.

En el contrato de ejecución de obra antes mencionado se indicó expresamente en la cláusula novena que se aplicará supletoriamente al contrato de obra, en cuanto no se opongan al contrato de préstamo suscrito con el BID, el TUO de la Ley de Contrataciones

y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, así como toda norma nacional aplicable a los contratos suscritos por entidades del Estado. Asimismo, la cláusula octava del contrato indica que las leyes por las que se regirá el contrato son las leyes vigentes aplicables en el Perú, en cuanto no se opongan al contrato de préstamo.

En ese sentido, queda claramente evidente que, siendo que el contrato de ejecución de obra es uno que devino de un concurso público internacional, el cual no se llevó a cabo bajo los procedimientos de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, sino bajo las normas y regulaciones acordadas en el contrato de préstamo entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - Provías y el BID, ello conlleva a entender que la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado no es la norma marco de aplicación bajo el cual se deba interpretar el contrato, sino que, tal como señala el contrato de obra, la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado solamente debe aplicarse de manera supletoria, en tanto que no se oponga a lo dispuesto en el contrato de préstamo del BID.

Siendo lo antes mencionado, si bien es cierto que el artículo 259º y 260º del reglamento de la ley de contrataciones del Estado obligan que se pague mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, dichas normas no son de aplicación imperativa en el presente proceso, toda vez que las regulación legal antes mencionada solamente se aplicará de manera supletoria, por lo que debe primero conocerse y aplicarse lo que se acordó expresamente en el contrato de ejecución de obra, el cual tiene como marco jurídico el contrato del préstamo del BID.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, es preciso indicar que el demandante señaló en su demanda arbitral que, de no ser el caso que se le reconozca mayores gastos generales debería reconocerle los gastos reales (o también denominados costos directos) que se justificaron en cada ampliación de plazo que éste último solicitó y requirió a la demandada, sin embargo, no obstante el tiempo transcurrido, la demandante no ha probado, acreditado y/o demostrado, en el interior del presente proceso arbitral los referidos gastos reales y/o costos directos en los cuales supuestamente incurrió, más solamente se ha limitado a señalar cuales habrían sido dichos costos y gastos reales sin acreditar uno solo, por lo que éste Tribunal Arbitral no puede reconocer ningún gasto por este tipo de concepto.

Estando a lo antes señalado, sin perjuicio del párrafo anterior, este Tribunal Arbitral considera que el numeral 11.9 de la cláusula décimo primera del contrato de obra que

señala que: "Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en el contrato de préstamo" debe aplicarse expresamente, por lo que las resoluciones de la entidad demandada se dieron dentro del marco jurídico establecido y acordado por las partes, es decir, que no se podían reconocer mayores gastos generales a las ampliaciones de plazo, toda vez que así lo estipula el contrato de préstamo, cláusula contractual a la cual nunca se opuso la demandante y que por demás aceptó.

Así, el tribunal es de la posición que no existe motivo para declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12.05.09.

2. Punto controvertido N° 2:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04.06.09 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 2 por 10 días calendario sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

Punto controvertido N° 3:

Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que conceda 20 días calendario solicitados por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. al amparo del artículo 258 del D.S. 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

Punto controvertido N° 10:

Determinar si desde la notificación de la Resolución de aprobación de Ampliación de Plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte de la contratista, respecto a algún desacuerdo de la citada aprobación de la Ampliación N° 2, cuya causal fue la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional de Obra N° 1.

En cuanto a lo establecido a que si se debe declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04.06.09 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 2 por 10 días calendario sin el reconocimiento de mayores gastos generales, debemos señalar que

este Tribunal se reafirma en el criterio establecido en los considerandos anteriores, por el cual no se puede aplicar el reconocimiento de mayores gastos generales como consecuencia de lo establecido en el numeral 11.9 del artículo décimo primero del contrato de ejecución de obra, adiconando el hecho que este caso particular el contratista, mediante carta N° 030-2009/DIAL del 22 de mayo de 2009 renuncia expresamente a los gastos generales por la ampliación de plazo N° 02.

Respecto a que si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que conceda 20 días calendario solicitados por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. al amparo del artículo 258 del D.S. 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), debemos señalar que ha quedado demostrado de los documentos que corren en autos que la entidad otorgó los 10 días de ampliación de plazo y no 20 que solicitó el demandante, como consecuencia que es el 23 de mayo de 2009 la fecha en que culminaba el contrato, tal como establecía la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 que aprobó la ampliación de plazo N° 01, con lo que el Tribunal considera que no existe legalmente fundamento para declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21, en tanto que se expidió dentro de lo establecido en la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado.

Por otro lado, en cuanto a que se debe determinar si desde la notificación de la Resolución de aprobación de Ampliación de Plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte de la contratista, respecto a algún desacuerdo de la citada aprobación de la Ampliación N° 2, cuya causal fue la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional de Obra N° 1, debemos señalar que este Tribunal no ha tenido a la vista ningún documento que acredite que la demandante haya remitido alguna documentación en que se haga conocimiento del desacuerdo de lo resuelto en la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21.

3. Punto controvertido N° 4:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, por la cual, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, por 15 días calendario

Punto controvertido N° 5:

Determinar si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 por quince días calendario, hecha por carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009.

Punto controvertido N° 11:

Determinar si la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 de fecha 15 de junio de 2009 se efectuó fuera del plazo de finalización de la ejecución del contrato (programado para el 2 de Junio de 2009), según la Cláusula Décima Primera del contrato, ítem 11.8.

Respecto a lo establecido a que si se debe declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de junio de 2009 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara IMPROCEDENTE la Ampliación de Plazo N° 3, debemos señalar que este Tribunal se reafirma nuevamente en el criterio establecido en los considerandos anteriores, por el cual no se puede aplicar el reconocimiento de mayores gastos generales como consecuencia de lo establecido en el numeral 11.9 del artículo décimo primero del contrato de ejecución de obra.

No obstante lo antes señalado, el Tribunal Arbitral ha advertido con los documentos que corren en autos que el plazo de ejecución contractual venció, según la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21, el 02 de junio de 2009, con lo cual la demandante tenía hasta dicha fecha para poder solicitar la ampliación del plazo, tal como expresamente lo dispone el numeral 11.8 de la cláusula decimo primera del contrato de ejecución de obra N° 071-2009-MTC/21 y el artículo 259º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -, el cual señala que:

“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.”

(.....)

TODA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO DEBE EFECTUARSE DENTRO DEL PLAZO VIGENTE DE EJECUCIÓN.

Cuando se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente. (.....)"

En esa línea, el Tribunal Arbitral ha podido acreditar que mediante Carta N° 042-2009-DIAL de fecha 15 de junio de 2009 la demandante presentó a la Entidad la solicitud de ampliación de plazo N° 03, por 15 días calendario, es decir, que la demandante requirió una ampliación de plazo de manera extemporánea, no obstante que tenía el conocimiento que la ejecución del contrato vencía el 02 de junio de 2009, situación que conllevó a que la Entidad a través de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09, declarara improcedente la ampliación de plazo N° 03, de conformidad a lo dispuesto en la cláusula decimo primera del contrato de ejecución de obra N° 071-2009-MTC/21 y el artículo 259º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -.

Por otro lado, respecto de la aplicación del Silencio Administrativo positivo, debemos señalar que sea podido verificar de la documentación presentada por la demandada, la cual se puso de conocimiento a la demandante, que la Resolución N° 1114-2009-MTC/21 fue notificada notarialmente en el domicilio legal de la demandante mediante Oficio N° 1358-2009-MTC/21.UGAL y vía fax, cumpliendo con lo estrictamente establecido en el contrato de ejecución de obra N° 071-2009-MTC/21.

4. Punto controvertido N° 6:

Determinar si corresponde ordenar el reconocimiento de mayores gastos generales o en su defecto mayores gastos reales de la ampliación N° 01, 02 y 03 ascendentes a la suma de S/. 28,351.10 Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el período de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos, gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante dicha paralización que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra.

La demandante solicita el pago de los mayores gastos generales, o en su defecto el pago de los gastos reales, de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 260 del Reglamento, y 1954º del Código Civil.

Tal como se ha indicado, este Tribunal Arbitral considera que siendo que el numeral 11.9 de la cláusula décimo primera del contrato de obra señala que: “**Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en el contrato de préstamo**” las resoluciones de la entidad demandada se dieron dentro del marco jurídico establecido y acordado por las partes, es decir, que no se podían reconocer mayores gastos generales a las ampliaciones de plazo, toda vez que así lo estipula el contrato de préstamo, cláusula contractual a la cual nunca se opuso la demandante y que por demás aceptó.

Por otro lado, y tal como lo hemos expuesto líneas arriba, este Tribunal Arbitral advierte que la demandante no ha probado, acreditado y/o demostrado, en el interior del presente proceso arbitral los referidos gastos reales y/o costos directos en los cuales supuestamente incurrió, más solamente se ha limitado a señalar cuales habrían sido dichos costos y gastos reales sin acreditar uno solo, por lo que éste Tribunal Arbitral considera que no se puede reconocer ningún gasto por este tipo de concepto, toda vez que para que se reconozca un gasto o un costo asumido debe acreditarse dicho pago, situación que no ha ocurrido en el presente arbitraje.

5. Punto controvertido N° 12:

Determinar si PROVIAS DESCENTRALIZADO ha incurrido en responsabilidad civil indemnizatoria por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra y de Adelanto Directo al haberse excedido los plazos contractuales y, si era obligación legal de la contratista el mantener vigente a su costo, las garantías requeridas hasta el momento de la liquidación final del contrato.

Punto controvertido N° 8:

Determinar si corresponde ordenar el pago de S/. 20,000 Nuevos Soles por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de la obra, y adelanto directo, al haberse excedido los plazos contractuales; así como las utilidades

dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. en diversos procesos de selección.

Siendo que los puntos controvertidos octavo y décimo segundo guardan una estrecha relación, debemos señalar que estando a lo resuelto en los puntos controvertidos anteriormente indicados, las pretensiones en las mismas devienen en Infundadas, máxime si el demandante no ha acreditado los daños y perjuicios que supuestamente se generaron por los hechos indicados en su demanda arbitral.

6. Punto controvertido N° 7:

Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO el reconocimiento de la obligación de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y del secretario arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

Que, conforme al artículo 56 del Decreto Legislativo 1071- Ley de Arbitraje- los árbitros deben pronunciarse sobre el asunción o distribución de los gastos generados en el presente arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 de la ley acotada.

Al respecto, tomando en cuenta que no se ha demostrado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente arbitraje; conforme al artículo 73 de la Ley de Arbitraje los costos del arbitraje deberían recaer en la parte vencida, salvo que el Tribunal Arbitral decida distribuir y prorratear estos costos entre las partes.

El Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado de buena fe, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, convencidos de sus posiciones ante la controversia; por consiguiente, considera que las costas y costos y gastos del proceso arbitral, los deben asumir ambas partes en forma proporcional.

III. PARTE RESOLUTIVA

En virtud a lo expresado en la parte considerativa, el TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA LAUDA:

1. Declarar **INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN**, mediante la cual se solicita la nulidad y/o ineficacia parcial de la resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12 de Mayo de 2009, comunicada con oficio N° 939-2009-MTC/21UGAL de fecha 13 de Mayo de 2009, por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada la Ampliación de Plazo N° 01 sin el reconocimiento de los gastos reales, y en consecuencia se reconozca el pago de gastos generales más intereses generados hasta la fecha de pago en su favor, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante la paralización de la obra que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954º del Código Civil.
2. Declarar **INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN**, mediante la cual se solicita la nulidad y/o ineficacia parcial de la resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04 de Junio de 2009, comunicada con oficio N° 1154-2009-MTC/21UGAL de fecha 05 de Junio de 2009, por la que PROVIAS DESCENTRALIZADO resuelve declarar fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 02 por 10 días calendarios, sin el reconocimiento de mayores gastos generales, en consecuencia se les conceda los veinte (20) días calendarios solicitados, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo,

un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954° del Código Civil.

3. Declarar **INFUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN**, mediante la cual se solicita la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, notificada el día 10 de Julio de 2009, por la cual, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por 15 días calendario; en consecuencia, se declare la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por quince (15) días calendarios, hecha con Carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009, al amparo del art. 259° del DS N°084-2004-PCM, con el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales al amparo del art. 260° del DS N°084-2004-PCM, más los intereses que se generen hasta la fecha de su pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el periodo de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra, tales como sueldos, salarios y viáticos del personal para el mantenimiento de la obra, lo que razonablemente comprendería, por ejemplo, un jefe de obra, un residente de obra, un administrador, un almacenero, un conserje y vigilantes, etc, mantenimiento y vehículos y combustible, gastos por agua y energía, teléfono y correo, todo vinculado directamente a la obra, al amparo del artículo 1954° del Código Civil.
4. Declarar **INFUNDADA LA CUARTA PRETENSIÓN**, mediante la cual se solicita la obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: Honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de cancelación; ordenando este Tribunal Arbitral que las costas y costos y gastos del proceso arbitral, sean asumidos por ambas partes en forma proporcional.
5. Declarar **INFUNDADA LA QUINTA PRETENSIÓN**, mediante la cual se solicita que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de obra, y de adelante

directo, al haberse excedido los plazo contractuales, la misma que no se puede recuperar por la desidia de la entidad contratante, por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo su participación en diversos procesos de selección.

6. ORDENAR al Secretario Arbitral del presente proceso notificar el presente Laudo a las partes del proceso y al **Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE**.



RENZO ZARATE MIRANDA

Presidente del Tribunal Arbitral



RÓMULO MADUEÑO TAPIA

Árbitro



Alipio Montes de Oca Vidal

Secretario Arbitral

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

El Árbitro procederá a analizar cada uno de los puntos controvertidos señalados en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos de Controvertidos del 04.05.10, debiendo en primer lugar señalar cuál es la ley aplicable al presente caso.

En las cláusulas octava y novena del contrato de ejecución de obra, en adelante el contrato, se estableció que este contrato se regiría por las leyes vigentes aplicables en el Perú, en cuanto no se opongan a los contratos préstamo suscritos entre el Banco Interamericano de Desarrollo-BID- BIRF y el Gobierno de la República del Perú - en adelante los contratos de préstamo - y de forma supletoria será aplicable el D.S. N°083-2004-PCM (en adelante la LCAE) y su reglamento, D.S. N°084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), y toda norma nacional aplicable a los contratos suscritos con el Estado.

En este extremo, cabe aclarar que si bien el Contrato sobre el cual versan las controversias, fueron convocados y efectuados bajo el Contrato Préstamo, este regula, crea, modifica y extingue relaciones entre la Entidad y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID- BIRF; consecuentemente no repercuten en la relación contractual que tengan y establezcan la Entidad y el Contratista.

Teniendo en cuenta que el Contrato que ambas partes habrían firmado deviene de un Proceso de Selección al amparo de las normas de Contrataciones del Estado (Ley y Reglamento), debemos remitirnos a dichas normas; por lo que, estando a lo dispuesto en el numeral 4.1 del Artículo 4º de la Ley, se debe tener en cuenta que:

“Artículo 4.- Especialidad de la Norma y Delegación..”

4.1. Especialidad de la Norma: La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables.

...”

Estando al Artículo transscrito, se determina que la Ley y el Reglamento prevalecen sobre las normas generales, procedimientos administrativos y otras que le sean aplicables; consecuentemente, este Árbitro al momento de resolver tendrá en cuenta la norma y el Reglamento pertinentes.

1. Punto controvertidos N° 9:

Determinar si las ampliaciones de plazo no dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, como consecuencia de la cláusula primera, ítem 11.9 del contrato N° 071-2009-MTC/21 cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID. BIRF.

El Contratista solicita en su demanda el reconocimiento y pago de mayores gastos generales, o en su defecto los gastos reales, ambos correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N°s 1, 2 y 3 al amparo del Artículo 260 del Reglamento. Al respecto, la Entidad señala que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales; de conformidad con la Cláusula Décimo 1ra del contrato, cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF. Por lo cual, afirma que solo será aplicable supletoriamente la norma de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y que en consecuencia, el Artículo 260º del Reglamento, no sería aplicable al caso pues en el contrato hay un acuerdo sobre los mayores gastos generales.

Como se ha señalado anteriormente en el presente laudo, cabe aclarar que si bien el Contrato sobre el cual versan las controversias, fueron convocados y efectuados bajo el Contrato Préstamo, este regula, crea, modifica y extingue relaciones entre la Entidad y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID- BIRF; consecuentemente, no repercuten en la relación contractual que tengan y establezcan la Entidad y el Contratista. Por lo cual, para dilucidar esta controversia debemos aplicar la LCAE y su reglamento.

Por otro lado, la cláusula décimo primera del contrato indica:

“11.9 Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los contratos de préstamo”.

En consecuencia, de acuerdo al contrato los mayores gastos generales provenientes de ampliaciones de plazo no pueden ser reconocidos, conforme se indica en los contratos de préstamo N° 1810/2007-BID y N° 7423-PE-BIRF.

Sin embargo, en dichos contratos de préstamo no existe alguna disposición, estipulación o recomendación que impida o se oponga al reconocimiento y pago de mayores gastos generales derivados de una ampliación de plazo. Por lo tanto, de

conformidad con lo señalado en la cláusula novena del contrato, resulta aplicable el artículo 260º del Reglamento que obliga a su reconocimiento,

El Artículo 260º del Reglamento señala:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores 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..."

En el Reglamento, se aprecia en el numeral 31 del Anexo el concepto de Gastos Generales:

“31. Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.”

Teniendo en cuenta el presente concepto, se establece que, si bien dichos conceptos no intervienen directamente en el proceso constructivo, estos sirven de apoyo o complemento para el logro de la meta u objetivos y deben ser ejecutados en el lugar de la obra o desde otras instalaciones ajenas a ella, y son derivados de la propia actividad empresarial o de administración, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos.

Ahora bien, se debe tener en cuenta bajo lo expuesto, que los gastos generales son necesarios para que el Contratista lleve a cabo la ejecución de la obra, los cuales se definen al momento de presentar la Propuesta Económica pues estos se consideran en dicha propuesta. Teniendo en cuenta este hecho, se entiende que al momento de presentar la Propuesta Económica se consideran los conceptos de gastos generales no dejando de lado los mismos; bajo este criterio, el momento para renunciar a estos conceptos sería la presentación la Propuesta Económica, que es el momento donde se fijan todas las reglas de juego que se cumplieran desde la suscripción del contrato hasta su culminación.

El presupuesto de Gastos Generales que se considera en el Expediente Técnico no puede ser materia de renuncia por parte del Contratista, esto teniendo en cuenta que en la tercera cláusula del contrato se establece que entre los documentos que forman parte del contrato están:

"TERCERA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO

1.1. Formarán parte de este contrato los siguientes documentos:

...

-Documentos de pedido de propuesta para Comparación de Precios,..., el Expediente Técnico suscrito por el Contratista...

...
-Propuesta del Contratista (incluyendo Análisis de Precios Unitarios y Gastos Generales)..." (El subrayado es nuestro)

Además, el Artículo 201º, del Reglamento establece claramente que:

"Artículo 201.- Contenido del contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato..." (El subrayado es nuestro)

Teniendo en cuenta lo estipulado por la cláusula tercera del contrato, la norma acotada y el criterio utilizado, los conceptos de Gastos Generales no pueden ser materia de renuncia por parte del contratista, salvo que esta renuncia se efectúe durante el proceso de selección al presentar su Propuesta Económica.

La renuncia o el no otorgamiento de Mayores Gastos Generales estipulado en la cláusula décimo primera del contrato, que no esta contemplado en el Reglamento, el mismo que reconoce tal derecho en el Artículo 260º, no tendría efectos entre las partes, pues no se trata de una obra adicional o disminución de Obra, que son los únicos eventos que pueden generar una modificación al contrato sin desnaturalizarlo. Inclusive cuando se trata de una intervención económica al contratista, también permanecen inalterables los términos y obligaciones de las partes. Reconocer que la renuncia de Mayores Gastos Generales tiene efectos entre las partes, no tendría por objeto cumplir con los objetivos y metas que se persiguen cuando se suscribe un contrato de ejecución de Obra Pública sino todo lo contrario, pues resulta coherente el deducir que si a una Obra se le quita recursos, esta tendrá menos posibilidades de culminarse.

Los problemas que se surgirían en torno a la ejecución de la obra al no reconocerse los Mayores Gastos Generales no fueron considerados al momento de suscribir la Cláusula Décimo Primera del Contrato, específicamente el numeral 11.9; por lo cual, no podemos aceptar el desconocimiento de este derecho, ya que con ello se generaría que una obra se quede sin recursos para ser terminada, o en todo caso recaería en el Contratista la responsabilidad de cubrir los costos indirectos de la ejecución de la obra derivados de su propia actividad empresarial, ocasionando con ello que la demandante tenga una desventaja mayor frente a la Entidad que desde un primer momento goza de las prerrogativas del Estado. Además, como hemos mencionado, de haber renuncia a los Mayores Gastos Generales, se debió haber efectuado al momento de presentar la Propuesta Económica por parte del Contratista y no en la suscripción del contrato.

Por todo lo antes expuesto, de conformidad con el Artículo 260º del Reglamento, las ampliaciones de plazo dan lugar al reconocimiento y pago de Mayores Gastos Generales siempre y cuando las obras adicionales no cuenten con presupuestos específicos. En consecuencia, corresponde declarar INFUNDADO el noveno punto controvertido.

2. Punto controvertido N° 1:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 de fecha 12.05.09 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada la Ampliación de Plazo N° 1 sin el reconocimiento de gastos reales.

Respecto de la presente pretensión, debemos señalar que la demandante afirma que mediante Carta N° 024-2009/DIAL del 29.04.09, se remitió a la Entidad la solicitud de ampliación N° 01 por 22 días calendario, ello sustentado en el hecho de que el alcalde del distrito de Chetilla tuvo que construir un muro de contención de 18 mts. de largo por 2.80 mts. de altura, obra que se concluyó el 22.04.09, obra que señala se demoró 25 días para que se pueda transitar con carga pesada debiendo indicar que la empresa constructora apoyado con maquinaria para la limpieza y carguío del material de relleno para habilitar el transito; por lo que solicita 20 días del retraso total de los 25 días que demoró la ejecución de dicho muro de contención; asimismo, indica que existió un deslizamiento de talud en Km. 38 que la Empresa tuvo que eliminar durante dos (2) días para poder transitar; por lo que, solicita el reconocimiento de 22 días de ampliaciones de plazo .

Teniendo en cuenta la solicitud de Ampliación de Plazo, la Entidad mediante Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 del 12.05.09, que le fue comunicada con el Oficio 939-2009-MTC/21.UGAL del 13.05.09, declaró fundada la ampliación de plazo N° 1 sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

La Entidad aduce que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales; de conformidad con la cláusula décimo 1ra del contrato, cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF.

En el contrato no hay nada estipulado sobre la nulidad y/o ineeficacia parcial de los actos administrativos; sin embargo, el artículo 10 de la Ley 27444 señala las causales de nulidad de los actos administrativos:

"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."

Por otro lado, el artículo 259 del Reglamento indica:

"AMPLIACIONES DE PLAZO

Artículo 259.- Procedimiento

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.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. 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 de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad..."

Además, tal y como lo hemos afirmado en el análisis del noveno punto controvertido, las ampliaciones de plazo dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales en aplicación del artículo 260 del Reglamento.

Por otro lado, la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 ha sido emitida el 12.05.09, dentro del plazo establecido en el Artículo 259º del Reglamento, habiéndose solicitado la ampliación de plazo N° 1 el 29.04.09. Asimismo, dicha resolución ha sido notificada al Contratista mediante el oficio N° 939-2009-MTC/21.UGAL del 13.05.09; produciéndose así su eficacia conforme al Artículo 16º de la Ley 27444; sin embargo, la demandante solicita su nulidad y/o ineficacia parcial.

De la revisión de los actuados y de la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 del 12.05.09, al entender de este Árbitro, este acto administrativo ha infringido una norma reglamentaria como lo es el Artículo 260º del Reglamento ya que en esta resolución se ha omitido reconocer y otorgar el pago de los mayores gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 1, a pesar de que la Entidad ha aprobado la indicada ampliación. Por consiguiente, la Resolución materia de examen esta inmersa dentro del supuesto de hecho regulado en el inciso 1) del artículo 10 de

la Ley 27444; en consecuencia, carece de un vicio que puede causar que se declare su nulidad total o parcial.

En relación a los alcances de la declaración de nulidad, podemos apreciar que existe nulidad total y nulidad parcial, en ese sentido, se indica que la nulidad de un acto administrativo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él, asimismo se señala que la nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula¹.

Asimismo, el artículo 13.2. de la Ley 27444 señala:

"Artículo 13.- Alcances de la nulidad..."

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario..."

Por lo cual, conforme a la RTF N° 05847-5-2002 del 11.10.02, la declaración de nulidad parcial de un acto administrativo requiere tres condiciones que deben presentarse en forma conjunta:

- 1) Que el contenido del acto sea divisible en partes independientes.
- 2) Que el vicio solo afecte a una parte del acto.
- 3) Que la parte no afectada por el vicio de nulidad se conserve firme.

Cuando lo que se cuestiona en un acto administrativo es el reconocimiento y otorgamiento de mayores gastos generales, este concepto es independiente a la aprobación de ampliaciones de plazo ya que el hecho que no se reconozcan esos gastos, no implica que las ampliaciones de plazo no hayan sido aprobadas conforme a ley. Caso contrario sería el supuesto en el que se cuestionara la aprobación de la ampliación de plazo y; por consiguiente, los mayores gastos generales otorgados también serían cuestionados.

Asimismo, el vicio indicado en el inciso 1) del Artículo 10º de la Ley 27444 solo afecta la Resolución N° 765-2009-MTC/21 en cuanto a la omisión del reconocimiento y otorgamiento de mayores gastos generales; sin que este la afecte en los demás que

¹ Robles Moreno, Carmen Pilar, "El requerimiento ¿es un acto administrativo?". En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/18256/el-requerimiento-es-un-acto-administrativo>

contiene, pues la Ampliación de Plazo N° 1 ha sido aprobada conforme al contrato y a las normas supletorias de contratación con el Estado; y mantiene su eficacia desde su notificación conforme al Artículo 16º de la Ley 27444. Por lo cual, la parte de la Resolución N° 765-2009-MTC/21 no afectada por el vicio se mantiene firme.

Por lo tanto, la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 del 12.05.09, tiene de un vicio que puede causar que se declare su nulidad y/o ineficacia parcial, respecto a la omisión del reconocimiento u otorgamiento de mayores gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 1, siendo válida y eficaz en lo demás que contiene. En consecuencia, el primer punto controvertido es FUNDADO.

3. Punto controvertido N° 10:

Determinar si desde la notificación de la Resolución de aprobación de Ampliación de Plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte de la contratista, respecto a algún desacuerdo de la citada aprobación de la Ampliación N° 2, cuya causal fue la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional de Obra N° 1.

Punto controvertido N° 3:

Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que conceda 20 días calendario solicitados por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. al amparo del artículo 258 del D.S. 084-2004-PCM (Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

Punto controvertido N° 2:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 de fecha 04.06.09 por la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declara fundada en parte la Ampliación de Plazo N° 2 por 10 días calendario sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

La demandante afirma que con carta N° 028-2009/DIAL del 19.05.09, se remitió a la Entidad la solicitud de ampliación N° 02 por 20 días calendario basado en el sustento que con fecha 13.05.09 se recibió vía fax la Resolución N° 765-2009-MTC/21 , donde se resuelve declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 01, presentada por la Contratista por un plazo de 22 días, pero que con fecha 22.04.09 se presentó el Adicional de Adicional N° 01 y hasta dicha fecha no existía Resolución de Aprobación,

por lo que, antes del vencimiento contractual, solicito la Ampliación de Plazo Nº 02. Por otro lado, mediante Resolución Directoral Nº 932-2009-MTC/21 del 04.06.09, que le fue comunicada el 05.06.09, la Entidad declara fundada en parte la ampliación de plazo Nº 02, por 10 días calendario, sin el reconocimiento de mayores gastos generales.

La Entidad aduce que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales; de conformidad con la cláusula décimo 1ra del contrato, cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF. Asimismo, afirma que mediante carta Nº 030-2009/DIAL del 22.05.09, el Contratista renunció a los gastos generales de la ampliación de plazo Nº 2, en consideración a la cláusula décimo 1ra del contrato. Además, señala que no ha recibido ningún documento por parte del Contratista, respecto a algún desacuerdo de la aprobación de la ampliación de plazo Nº 02.

De la revisión de los actuados podemos concluir que, efectivamente, la Resolución Directoral Nº 932-2009-MTC/21 ha sido emitida el 04.06.09, dentro del plazo establecido en el Artículo 259º del Reglamento, habiéndose solicitado la Ampliación de Plazo Nº 02 el 20.05.09. Asimismo, dicha resolución ha sido notificada al Contratista el 05.06.09; sin embargo, la demandante solicita su nulidad y/o ineeficacia parcial.

Además, no obra en el expediente un documento del Contratista en el que haya comunicado a la Entidad su desacuerdo con la Resolución Directoral que declaró fundada parte la ampliación de plazo Nº 2.

Uno de los aspectos que el Contratista ha cuestionado, durante este arbitraje, respecto a la Resolución Directoral Nº 932-2009-MTC/21 es que solo le fueron otorgados 10 días calendario, cuando el plazo solicitado fue de 20 días.

Por otro lado, la causal de esta ampliación de plazo, de acuerdo a lo afirmado por ambas partes, se basa en la demora de la aprobación del Presupuesto Adicional Nº 1 solicitada por el Contratista el 22.04.09. Dicho presupuesto adicional fue aprobado el 2.6.9 mediante la Resolución Directoral Nº 913-2009-MTC/21.UGAL.

Entonces, si tenemos en cuenta que de acuerdo con la Resolución Directoral Nº 932-2009-MTC/21, en el Informe Nº 126-2009-MTC/21-U.G.T.R-MAV del Especialista en Mantenimiento Vial se indica que la causal de la Ampliación de Plazo Nº 02 inicia el 13.05.09; podemos concluir que después esa fecha transcurrieron 20 días calendario

hasta el 2.6.9, fecha en que se aprobó el Presupuesto Adicional N° 1. Por lo cual, el Contratista requirió en la demanda 20 días calendario por la Ampliación de Plazo N° 2, ya que justamente la causal de esta ampliación era la demora en la aprobación de dicho adicional.

Por otro lado, hemos podido constatar que el Contratista renunció a los Gastos Generales de la Ampliación de plazo N° 02, mediante la carta N° 030-2009/DIAL del 22.05.09, dirigida a la Entidad. Sin embargo, como hemos afirmado en el análisis del punto controvertido N° 9, reconocer que la renuncia de mayores gastos generales tiene efectos entre las partes, no tendría por objeto cumplir con los objetivos y metas que se persiguen cuando se suscribe un contrato de ejecución de Obra Pública sino todo lo contrario, pues resulta coherente el deducir que si a una Obra se le quita recursos, esta tendrá menos posibilidades de culminarse.

Por consiguiente, consideramos que la renuncia a los Mayores Gastos Generales realizada por el Contratista en la carta N° 030-2009/DIAL del 22.05.09 no tiene efecto entre las partes; debiendo la Entidad reconocer y pagar el monto que corresponda por dicho concepto.

Entonces, al entender de este Árbitro, la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 del 04.06.09, ha infringido una norma reglamentaria como lo es el Artículo 258º del Reglamento que señala las causales de ampliación de plazo, entre estas tenemos: 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. Esto se debe a que la Entidad ha otorgado la ampliación de plazo N° 02 sin considerar que el Contratista necesitaba 10 días calendario adicionales, sumados a los que se les había concedido por esta ampliación. Por lo cual, en contravención con la norma acotada, en la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 no se ha reconocido todo el atraso y/o paralización generada por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 1.

Asimismo, la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 también ha infringido el artículo 260 del Reglamento ya que en este acto administrativo se ha omitido reconocer y otorgar el pago de los mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 02, a pesar de que la Entidad ha aprobado la indicada ampliación.

Por consiguiente, la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 está inmersa dentro del supuesto de hecho regulado en el inciso 1) del artículo 10 de la Ley 27444; en consecuencia, tiene un vicio que puede causar que se declare su nulidad total o

parcial ya que vulnera normas reglamentarias, específicamente los artículos 258 y 260 del Reglamento.

Por lo tanto, luego de analizar el vicio de nulidad que afecta a la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21, consideramos que corresponde declarar la nulidad y/o ineffectividad parcial de la indicada resolución, de conformidad con el artículo 13.2 de la Ley 27444; en lo concerniente al no otorgamiento de 20 días calendario y a la omisión del reconocimiento de los mayores gastos generales correspondientes a esta ampliación. Por lo tanto, el segundo punto controvertido es FUNDADO.

Asimismo, debe ordenarse a la Entidad que conceda los 20 días calendario solicitados por el Contratista respecto a la ampliación de plazo N° 02, debiendo declararse FUNDADO el tercer punto controvertido.

Entonces, con la ampliación de plazo N° 02, el plazo contractual se extendió hasta el 06.07.09²; considerando lo siguiente:

- Que conforme al contrato el plazo contractual culminó el 04.05.09, que con la aprobación de la ampliación de plazo N° 01 el plazo se extendió hasta el 26.05.09.
- Que el Contratista no pudo continuar con los trabajos de conformación de la calzada desde el 13.05.09 al 02.06.09 (fecha en que se aprobó el presupuesto adicional N° 01).
- Que la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 01 ocasionó que desde el 02.06.09 hasta el 06.07.09 transcurrieran 13 días calendario³ de la ampliación de plazo N° 01 y los 20 días calendarios correspondientes a la ampliación de plazo N° 02.

Además, debe declararse FUNDADO el décimo punto controvertido ya que desde la notificación de la Resolución Directoral de aprobación de ampliación de plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte del Contratista, respecto a algún desacuerdo sobre esta resolución.

² En aplicación de los artículos 206 del Reglamento, 183 inciso 5 del Código Civil en lo referente al cómputo de plazos.

³ Esto se debe a que la ampliación de plazo N° 01 fue aprobada por 22 días calendario, y desde el 05.05.09 hasta el 13.05.09 transcurrieron 9 días calendario, luego de los cuales el Contratista no pudo continuar con los trabajos de conformación de la calzada hasta el 02.06.09, debiendo recuperarse 13 días calendario de dicha ampliación.

4. Punto controvertido N° 11:

Determinar si la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 de fecha 15 de junio de 2009 se efectuó fuera del plazo de finalización de la ejecución del contrato (programado para el 2 de Junio de 2009), según la Cláusula Décima Primera del contrato, ítem 11.8.

Punto controvertido N° 4:

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 de fecha 25 de Junio de 2009, por la cual, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3, por 15 días calendario.

Punto controvertido N° 5:

Determinar si corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 3 por quince días calendario, hecha por carta N° 042-2009/DIAL de fecha 15 de junio de 2009.

La demandante señala que con carta N° 042-2009-DIAL del 15.06.09, presento a la Entidad la ampliación de plazo N° 03, por 15 días calendario, indicando dentro de su expediente de ampliación de plazo que con fecha 13.05.09 se recibió vía fax la Resolución N° 765-2009-MTC/21, donde se resuelve declarar fundada la ampliación de plazo N° 01, presentada por el Contratista por un plazo de 22 días, pero resulta que con fecha 22.04.09 se presento el Adicional N° 01 y a la fecha no existe Resolución de Aprobación, por lo que antes del vencimiento contractual solicitó la Ampliación de Plazo N° 02 a la espera de la Resolución de la Aprobación del adicional N ° 01 para reiniciar los trabajos faltantes para la conclusión del proyecto.

Con Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09, notificada el 10.07.09, la Entidad resolvió declarar improcedente la Ampliación de Plazo N° 03; sin embargo, solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de esta Resolución; y por

coniguiente la aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 en base al silencio positivo regulado en el Artículo 259º del Reglamento.

Al respecto, la Entidad afirma que toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo de ejecución; sin embargo, la ampliación de plazo N° 03 fue presentada de forma extemporánea fuera del plazo de ejecución programada para el 2.6.09. Asimismo, sobre el silencio administrativo positivo que alega la demandante para dar por aprobaba la Ampliación de Plazo N° 03; la Entidad afirma que este acto administrativo fue notificado dentro del plazo que señala el Artículo 259º del Reglamento.

Con relación a este punto controvertido, tenemos que la cláusula décimo primera del contrato señala:

"11.8. Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución..."

De la revisión de los actuados, podemos concluir que la Ampliación de Plazo N° 03 efectivamente fue presentada el 15.06.09 mediante la carta N° 042-2009-DIAL.

Por otro lado, conforme al análisis del tercer punto controvertido, con la ampliación de plazo N° 2, el plazo contractual se ha extendido hasta el 06.07.09. En consecuencia, la ampliación de plazo N° 03 ha sido presentada el 15.06.09, dentro del plazo contractual ampliado, y de conformidad con el Artículo 259º del Reglamento, dentro de los 15 días calendarios siguientes de concluida la causal de la solicitud de ampliación de plazo; es decir, la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 01.

Con relación a la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09, este acto administrativo ha sido notificado al Contratista mediante el oficio N° 1358-2009-MTC/21.UGAL. Además, a través el correo de electrónico de fecha 25.06.09, la Entidad remitió la indicada resolución al Contratista dentro del plazo establecido en el artículo 259 del Reglamento para que la entidad se pronuncie sobre las ampliaciones de plazo.

De acuerdo con lo señalado en la cláusula cuarta del contrato:

"4.1...Las comunicaciones entre las partes sólo surtirán efecto cuando sean efectuadas por escrito, facsímile y correo electrónico..."

Por lo tanto, la notificación realizada por la Entidad vía correo electrónico de fecha 25.06.09, con el fin de remitirle al Contratista la Resolución Directoral que se pronunció sobre la ampliación de plazo N° 03, se realizó de conformidad con la cláusula cuarta del contrato; produciéndose la eficacia de este acto administrativo de acuerdo a lo indicado en el artículo 16.1 de la ley 27444: “*16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos...*”

Asimismo, de la revisión de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09, podemos concluir que contiene un vicio que puede causar nulidad total o parcial, puesto que su motivación es defectuosa ya que en sus considerandos se señala que de acuerdo con los informes de la Unidad Gerencial de Transporte Rural y de Asesoría Legal de la Entidad, la solicitud de ampliación de plazo N° 03 debe ser declarada improcedente, por haber sido presentada de manera extemporánea; lo cual no es cierto porque como hemos afirmado la ampliación de plazo N° 03 fue solicitada dentro del plazo contractual y de conformidad con el artículo 259 del Reglamento.

Por consiguiente, la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09 no ha sido motivada en proporción al contenido, contraviniendo de esta manera el artículo 3 inciso 4 de la Ley 27444⁴. Por lo tanto, dicho acto administrativo es nulo de acuerdo con la causal regulada en el artículo 10 inciso 2 de la acotada ley, no siendo posible aplicar el artículo 14 de la Ley 27444 que regula la conservación del acto administrativo. Por ende, la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09 también es ineficaz.

⁴ “Artículo 3 de la Ley 27444.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

... 4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico...”

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

...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.”

En consecuencia, se ha producido el silencio positivo que establece el artículo 259 del Reglamento; por lo tanto, corresponde declarar aprobada la ampliación de plazo N° 3 por 15 días calendario, extendiéndose el plazo contractual hasta el 21.07.09.

Por todo lo antes expuesto, consideramos que el décimo primer punto controvertido es FUNDADO, puesto que la ampliación de plazo N° 03 fue presentada dentro del plazo contractual. Asimismo, el cuarto punto controvertido es FUNDADO porque corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.06.09. Con relación al quinto punto controvertido es FUNDADO, debido a que se ha producido el silencio positivo para dar por aprobada la ampliación N° 03.

5. Punto controvertido N° 6:

Determinar si corresponde ordenar el reconocimiento de mayores gastos generales o en su defecto mayores gastos reales de la ampliación N° 01, 02 y 03 ascendentes a la suma de S/. 28,351.10 Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago, o en su defecto los gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante el período de la ampliación de la obra que conllevó a la suspensión temporal de trabajos, gastos reales que se justificaron para el mantenimiento de la obra e incurridos durante dicha paralización que conllevó a la suspensión temporal de los trabajos contemplados en el calendario valorizado de avance de obra.

La demandante solicita el pago de los mayores gastos generales, o en su defecto el pago de los gastos reales, de las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 260 del Reglamento, y 1954 del Código Civil.

Asimismo, la Entidad presentó una excepción de incompetencia por enriquecimiento sin causa, la misma que ha sido declarada infundada por este Árbitro. Además, sostiene que no corresponde reconocer el pago de mayores gastos generales por ampliaciones de plazo, conforme a la cláusula décimo 1ra del contrato, cuyo financiamiento es con fondos internacionales del BID.BIRF.

Como hemos afirmado en el análisis del punto controvertido N° 9, a pesar de lo indicado en la cláusula 11.9 del contrato, respecto al no otorgamiento de los mayores gastos generales, no podemos aceptar el desconocimiento de este derecho, ya que con ello se generaría que una obra se quede sin recursos para ser terminada, o en todo caso recaería en el Contratista la responsabilidad de cubrir los costos indirectos de la ejecución de la obra derivados de su propia actividad empresarial, ocasionando con ello que la demandante tenga una desventaja mayor frente a la Entidad que desde un primer momento goza de las prerrogativas del Estado. Asimismo, de haber renuncia a los mayores gastos generales, se debió haber efectuado al momento de presentar la Propuesta Económica por parte del Contratista y no en la suscripción del contrato.

Por lo cual, de conformidad con el artículo 260 del Reglamento, las ampliaciones de plazo dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales siempre y cuando las obras adicionales no cuenten con presupuestos específicos.

Por otro lado, el artículo 1954 del Código Civil regula el enriquecimiento sin causa señalando: “*Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.*”

Asimismo, el artículo 1955 del Código Civil establece que: “*La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.*”

De esta manera, la doctrina señala los diversos requisitos exigidos para que el enriquecimiento sin causa, siendo el primero la existencia correlativa de un empobrecimiento y un enriquecimiento. El enriquecimiento debe ser la consecuencia del empobrecimiento. El segundo requisito es la ausencia de culpa del empobrecido.

Se exige además como tercer y cuarto requisito que el empobrecido por un lado no haya obrado en su propio interés y por otro que el enriquecimiento no tenga una causa legítima, es decir que no debe ser el resultado del cumplimiento de un acto jurídico válido o de la aplicación en un acto jurídico de una disposición legal o consuetudinaria⁵.

Entonces, conforme a los requisitos señalados por la doctrina para configurar el enriquecimiento sin causa, podemos concluir en el presente caso si cumplen, puesto

⁵ Mazeaud Henri, León y Jean; “*Lecciones de Derecho Civil*” parte, vol II : La Responsabilidad Civil. Buenos aires, Ed. Europeas Americana, 1960, Pag 491.

que existe un empobrecimiento del Contratista, frente al enriquecimiento de la Entidad al no reconocerle los mayores gastos generales de las ampliaciones N° 01, 02 y 03. Por lo cual, su enriquecimiento en este caso es consecuencia del empobrecimiento del Contratista. Además, la demandante no tiene la culpa de su empobrecimiento puesto que las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03 se han otorgado por causales que no atribuibles al Contratista. Tampoco, la demandante ha obrado en su propio interés, y a nuestro entender el enriquecimiento de la Entidad no tiene una causa legítima, sino que es resultado del incumplimiento de una norma como lo es el artículo 260 del Reglamento.

Sin embargo, el Contratista puede obtener el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, en aplicación del artículo 260 del Reglamento sin que sea necesario recurrir al artículo 1954 del Código Civil que regula el enriquecimiento sin causa. En consecuencia, conforme al artículo 1955 del Código Civil, no procedería el enriquecimiento sin causa.

De la revisión de los actuados, hemos podido verificar que las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03 no cuentan con presupuestos específicos y que el cálculo de los mayores gastos generales realizado por el Contratista, es conforme a la normativa de contrataciones con el Estado.

Por lo tanto, de acuerdo con el Artículo 260º del Reglamento, la Entidad debe reconocer y pagar los mayores gastos generales producidos por estas ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, por 22, 20 y 15 días calendario respectivamente, ascendentes a la suma de S/. 28,351.10 Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha del pago. En consecuencia, corresponde declarar FUNDADO el sexto punto controvertido.

6. Punto controvertido N° 12:

Determinar si PROVIAS DESCENTRALIZADO ha incurrido en responsabilidad civil indemnizatoria por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra y de Adelanto Directo al haberse excedido los plazos contractuales y, si era obligación legal de la contratista el mantener vigente a su costo, las garantías requeridas hasta el momento de la liquidación final del contrato.

Punto controvertido Nº 8:

Determinar si corresponde ordenar el pago de S/. 20,000 Nuevos Soles por los daños y perjuicios que se originan en el mayor costo de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento de la obra, y adelanto directo, al haberse excedido los plazos contractuales; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. en diversos procesos de selección.

Los puntos controvertidos octavo y décimo segundo guardan una estrecha relación, por lo cual procedemos a analizarlos de manera conjunta.

El Contratista solicita a la Entidad una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de la Obra, y Adelanto Directo, al haberse excedido los plazos contractuales; y las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación del Contratista en diversos procesos de selección.

La Entidad afirma que la LCAE y su Reglamento obligan al contratista a mantener vigente y a su costo las garantías requeridas hasta la liquidación del contrato; por lo cual, sostiene que no se han presentado todos los elementos de la responsabilidad civil, siendo infundada la indemnización solicitada por el Contratista.

De conformidad con la cláusula Décimo Tercera del contrato: “*13.1.1. Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato:...La vigencia de la Carta Fianza, será por el plazo de ejecución de la obra, y hasta 30 días calendarios después de consentida la liquidación del Contrato...*” (el subrayado es nuestro).

Asimismo, de la revisión de los actuados podemos concluir que todavía no se ha liquidado el contrato; por lo tanto, de acuerdo con la cláusula Décimo Tercera del contrato, el Contratista tiene la obligación de seguir renovando la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de la obra hasta 30 días calendario después de consentida la liquidación del contrato.

Con relación a la Carta Fianza de Adelanto Directo, en la cláusula Décimo Cuarta del contrato se dispuso:

"DÉCIMA CUARTA: ADELANTOS

...La vigencia de la *Carta Fianza del adelanto en efectivo* será por el plazo de ejecución de la obra...".

En consecuencia, debido a que el 21.07.09 culminó el plazo contractual ampliado, la Carta Fianza de Adelanto Directo solo debía haberse renovado hasta esa fecha; originándose un mayor costo en la renovación de esta carta fianza.

Asimismo, el artículo 1331 del Código Civil señala que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En este caso, el perjudicado es el Contratista, debido a que la Entidad habría incumplido la cláusula Décimo Cuarta del contrato al seguirle exigiendo la renovación de la Carta Fianza del Adelanto Directo. Sin embargo, el Contratista no ha presentado como medio probatorio la renovación de esta carta fianza; por consiguiente, no corresponde otorgarle la indemnización que solicita.

Con respecto a las utilidades dejadas de percibir por el Contratista, por tener comprometidas las Garantías no permitiendo la participación de la demandante en diversos procesos de selección, se debe señalar que este hecho, se encuentra sometido a la condición de obtener la Buena Pro; por lo tanto, nos encontramos ante un hecho sujeto a una condición que se puede dar o no, no existiendo pues una prueba material que ampare que a su participación en determinado Proceso de Selección obtendría la Buena Pro.

Por todo lo expuesto anteriormente, corresponde declarar INFUNDADO el octavo punto controvertido, puesto que la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento debe seguirse renovando hasta 30 días calendario después del consentimiento de la liquidación del contrato; además, no hay medios probatorios suficientes para otorgar la indemnización respecto al mayor costo de renovación de la Carta Fianza del Adelanto Directo; ni para ordenar la cancelación de las utilidades dejadas de percibir por el Contratista.

En consecuencia, corresponde declarar FUNDADO EN PARTE el décimo segundo punto controvertido, ya que la Entidad no ha incurrido en responsabilidad civil indemnizatoria por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra y de Adelanto Directo. Sin embargo, el Contratista si tiene la

obligación legal mantener vigente a su costo la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento, hasta 30 días calendario después de consentida la liquidación del Contrato; pero respecto a la Carta Fianza del Adelanto Directo, tenía la obligación legal de seguirla renovando solo hasta el 21.07.09, fecha en que culminó el plazo de ejecución de la obra.

7. Punto controvertido N° 7:

Determinar si corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO el reconocimiento de la obligación de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del Árbitro y del secretario arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

Que, conforme al artículo 56 del Decreto Legislativo 1071- Ley de Arbitraje- los árbitros deben pronunciarse sobre el asunción o distribución de los gastos generados en el presente arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 de la ley acotada.

Al respecto, tomando en cuenta que no se ha demostrado la existencia de algún acuerdo previo entre las partes que se pronuncie sobre el pago de las costas y costos en el presente arbitraje; conforme al artículo 73 de la Ley de Arbitraje los costos del arbitraje deberían recaer en la parte vencida, salvo que el Árbitro decida distribuir y prorratear estos costos entre las partes.

El Árbitro ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado de buena fe, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, convencidos de sus posiciones ante la controversia; por consiguiente, considera que las costas y costos y gastos del proceso arbitral, los deben asumir ambas partes en forma proporcional.

III. PARTE RESOLUTIVA

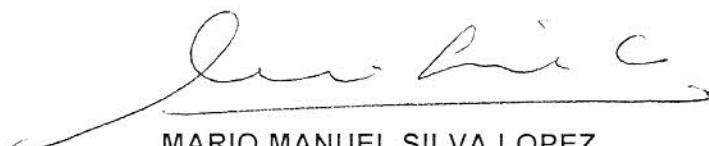
En virtud a lo expresado en la parte considerativa, el Árbitro resuelve:

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada en el escrito de contestación de demanda.
2. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad interpuesta por la demandada en el escrito de contestación de demanda.

3. Declarar **FUNDADO** el primer punto controvertido; por consiguiente, corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 765-2009-MTC/21 del 12.05.09, en lo que concerniente al no reconocimiento de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 01.
4. Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido; por consiguiente, corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 932-2009-MTC/21 del 04.06.09, en lo concerniente a la omisión del reconocimiento de los mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 02; y al no otorgamiento de los 20 días calendario correspondientes a esta ampliación de plazo.
5. Declarar **FUNDADO** el tercer punto controvertido; por consiguiente, corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que otorgue los 20 días calendario correspondientes a la ampliación de plazo N° 02.
6. Declarar **FUNDADO** el cuarto punto controvertido; por lo tanto, corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1114-2009-MTC/21 del 25.6.09, mediante la cual PROVIAS DESCENTRALIZADO declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por 15 días calendario.
7. Declarar **FUNDADO** el quinto punto controvertido; por lo tanto, corresponde declarar la aprobación por silencio positivo de la solicitud de ampliación de plazo N° 03, por 15 días calendario.
8. Declarar **FUNDADO** el sexto punto controvertido; por consiguiente, corresponde ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales correspondientes a las ampliaciones de plazo N° 01, 02 y 03, ascendentes a la suma de S/. 28,351.10 Nuevos Soles, más los intereses que se generen hasta la fecha del pago.
9. DECLARAR que ambas partes deberán asumir las costas y costos y gastos del proceso arbitral, en forma proporcional.
10. Declarar **INFUNDADO** el octavo punto controvertido; por lo tanto, no corresponde ordenar el pago de S/. 20,000 Nuevos Soles por los daños y perjuicios por el mayor costo de renovación de la carta de fianza de fiel cumplimiento de la obra, y de adelanto directo; así como las utilidades dejadas de percibir por DIAL CONSTRUCTORES S.R.L.
11. Declarar **INFUNDADO** el noveno punto controvertido; por lo tanto, las ampliaciones de plazo dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, conforme al artículo 260 del Reglamento.

12. Declarar **FUNDADO** el décimo punto controvertido; por consiguiente, desde la notificación de la Resolución que aprobó la ampliación de plazo N° 02 hasta su consentimiento, PROVIAS DESCENTRALIZADO no recibió ningún documento por parte del Contratista, que manifestara su desacuerdo con dicha Resolución.
13. Declarar **INFUNDADO** el décimo primer punto controvertido; por consiguiente, la solicitud de ampliación de plazo N° 03 del 15.06.09 se efectuó dentro del plazo de finalización de la ejecución del contrato.
14. Declarar **FUNDADO EN PARTE** el décimo segundo punto controvertido; por lo tanto, PROVIAS DESCENTRALIZADO no ha incurrido en responsabilidad indemnizatoria por el mayor costo de renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y de Adelanto Directo. Sin embargo, DIAL CONSTRUCTORES S.R.L. tenía la obligación legal de mantener vigente a su costo la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento hasta 30 días calendario después del consentimiento de la liquidación de la obra. Por el contrario, el Contratista tenía la obligación legal de seguir renovando la Carta Fianza del Adelanto Directo solo hasta la culminación del plazo de ejecución de la obra.
15. **REMITASE** al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



MARIO MANUEL SILVA LOPEZ



Arbitro
ALIPIO MONTES DE OCA VIDAL
Secretario Arbitral