

Exp. 172-13-11

LAUDO NACIONAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO OBRAINSA – SVC CONTRA PROVIAS NACIONAL DERIVADO DE LA CONTROVERSIA SURGIDA POR EL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA Nº 173-2007-MTC/20 “MANTENIMIENTO PERIODICO DE LA CARRETERA PUNO – DESAGUADERO, TRAMO ILAVE – DESAGUADERO (KM. 1413+000 – KM 1505+500)”

Reunidos en la fecha, en la sede del Tribunal Arbitral, sito en la Avenida Paz Soldán Nº 225, 2º piso, distrito de San Isidro, los Doctores Emilio Cassina Rivas, Gonzalo García Calderón Moreyra y Víctor Palomino Ramírez, bajo la presidencia del primero, asistidos por la Secretaria Arbitral, Doctora Verónica Vargas Del Rio, con el objeto de expedir el Laudo Arbitral sobre la controversia surgida entre **EL CONSORCIO OBRAINSA-SVC** en adelante **EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE** con **PROVIAS NACIONAL**, en adelante **LA ENTIDAD o LA DEMANDADA**, sobre la Ampliación de Plazo Nº 10 la cual fue denegada mediante la Resolución Directoral Nº 2928-2008-MTC/20 del 24 de diciembre del 2008 correspondiente al Contrato de Ejecución de Obra Nº 173-2007-MTC/20 suscrito el 20 de setiembre del 2007 denominado “Mantenimiento Periódico de la Carretera Puno – Desaguadero, Tramo Ilave – Desaguadero (Km 1413+000 – Km 1505+500), en adelante “**EL CONTRATO**”, acordaron expedir el siguiente Laudo.

RESOLUCION Nº 50

Lima, 13 de marzo del 2012

I. PARTE EXPOSITIVA

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO

- 1.1 El Tribunal Arbitral se instaló en las oficinas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, el 18 de mayo del 2009, según consta en el Acta de Instalación, aprobándose las reglas de procedimientos aplicables con la asistencia de los Ingenieros Walter Omar Vicente Montes y Carlos Fernando Llanos Guiño en representación del **Consortio Obrainsa – SVC** y los

doctores Máximo Elías Herrera Bonilla, David Bernardo Coello Ricard y el señor Cesar Gilberto Gutiérrez Valenzuela en representación de **Provías Nacional**. Se acordó que el Tribunal Arbitral funcionaría en la avenida De La Floresta N° 497, piso 5º, distrito de San Borja y, posteriormente, se trasladó a la Av. Paz Soldán N° 225, 2º Piso, sede del Centro de Arbitraje de la Universidad Católica. Se encargó la Secretaría Arbitral al señor Carlos Sebastián Basombrío Dughi. Se declaró que el arbitraje sería Nacional y de Derecho, otorgándose al **Consorcio Obrainsa - SVC** el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su demanda.

El **Consorcio Obrainsa - SVC** presentó su demanda el 08 de junio del 2009, siendo subsanada la misma con el escrito del 23 de junio del mismo año; luego de lo cual fue admitida mediante Resolución N° 02 del 25 de junio del 2009.

- 1.2 **La Entidad** contestó la demanda mediante escrito N° 01 de fecha 20 de julio del 2009, proponiendo dentro de ella una excepción de incompetencia respecto de la Segunda Pretensión Principal de la demanda.
- 1.3 Con escrito de fecha 30 de setiembre del 2009, **El Contratista** absuelve el traslado de la excepción.
- 1.4 Con la Resolución N° 09 de fecha 26 de octubre del 2009, el Tribunal resuelve declarar Infundada la excepción de Incompetencia formulada por la Entidad, al concluir que en atención a lo que dispone el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 083-2004-PCM), en adelante la Ley; el convenio arbitral y la jurisprudencia del expediente de Casación N 5192-2006 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, la pretensión de enriquecimiento sin causa, al derivar en este caso de la ejecución del Contrato, tiene que ser resuelta mediante arbitraje.
- 1.5 **La Entidad** con fecha 09 de noviembre del 2009 presentó un recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 09.
- 1.6 Con la Resolución N° 15 de fecha 27 de noviembre del 2009, el Tribunal declara infundado el recurso de Reconsideración.

partes se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio.

No habiéndose podido llegar a una conciliación, se procedió a fijar los puntos controvertidos y a admitir los medios probatorios de las partes en los términos que aparecen de esa Acta, reservándose el Tribunal el derecho de solicitar las pruebas de oficio que considere pertinentes para mejor resolver. Asimismo, en dicho Acto Provías Nacional interpone recurso de Reconsideración contra los puntos controvertidos 4.5 y 4.6 del Acta, referidos al enriquecimiento sin causa. Recurso que fue sustentado por Provías Nacional en el escrito de fecha 09 de diciembre del 2009.

1.8 Por Resolución N° 18 de fecha 28 de enero del 2010, se resolvió la reconsideración presentada por **La Entidad** declarándola Infundada.

1.9 Con fecha 26 de mayo del 2010, con la presencia de ambas partes se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración, con el propósito de que las mismas puedan exponer los argumentos fácticos y técnicos que sustentan sus respectivas posiciones, emitiéndose el Acta correspondiente a dicho acto, en la cual consta que como consecuencia de la exposición de Provías Nacional, el Tribunal señaló que los argumentos expuestos por dicha parte no necesariamente se condicen, en su totalidad, con los fundamentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, por lo que –de considerarlo pertinente- podrá ser puestos por escrito en el proceso y en ese momento el Colegiado evaluará si corresponde o no tenerlos en cuenta, de modo que no se afecte el derecho de defensa de las partes, sin otorgar plazo alguno.

1.10 Por Resolución N° 21 de fecha 15 de julio, el Tribunal confirió traslado al Consorcio por tres (03) días hábiles a partir de la notificación, para que –de considerarlo conveniente- se pronuncie sobre el escrito presentado por Provías Nacional con fecha 12 de julio de 2010, en el que sustenta las razones por las cuales considera que procedió correctamente a declarar improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 10, presentada por el consorcio.

1.11 Con fecha 22 de julio del 2010, el Consorcio mediante escrito N° 9 solicita a la Presidenta del Tribunal Arbitral, doctora Ana María Arrarte Arisnabarreta, se inhiba de participar en el proceso arbitral a razón de que por su propia iniciativa y de manera inconsulta requirió a Provías Nacional que presente por escrito los “nuevos argumentos” y los documentos que respalden los mismos para una mejor defensa, admitiendo en plena etapa probatoria del proceso la modificación y ampliación de la contestación de la demanda, no siendo admisible dicho acto de acuerdo los numerales 14 y 17 de las Reglas del Arbitraje del Acta de Instalación del Tribunal; y porque al otorgar plazos desproporcionados en perjuicio del Consorcio, vulnera el principio e igualdad entre las partes en el proceso y el derecho de defensa del Consorcio; y se reserva el derecho de presentar la recusación ante el OSCE.

1.12 En esta misma fecha 22 de julio del 2010 con el escrito N° 10 y, su complemento, el escrito N° 11 del 27 de julio del mismo año, el Consorcio absuelve el traslado de la Resolución N° 21 que contiene el escrito de Provías Nacional de fecha 12 de julio del 2010, contradiciendo los “nuevos argumentos” e indica la improcedencia de tomar en cuenta dichos “nuevos argumentos” al haberse concluido la etapa para contestar la demanda con fecha 20 de julio de 2009; asimismo indica que Provías Nacional hace referencia a los Asientos del Cuaderno de Obra N°s 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 202, 203, 204, 205 y 206, los mismos que no han sido adjuntados a dicho escrito, ni forman parte de los medios probatorios que fueron admitidos en el Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio de fecha 03 de Diciembre de 2009; se reserva el derecho de completar el escrito dado el corto plazo otorgado para absolver el traslado, y ofrece como medio probatorio los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión obtenido de la página WEB del OSCE.

1.13 Con fecha 26 de julio de 2010 el Consorcio demandante presentó la recusación contra la Presidenta del Tribunal Arbitral, doctora Ana María Arrarte Arisnabarreta ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, Expediente N° R030-2010-Tercer Arbitro.

1.14 Con la Resolución N° 23 de fecha 02 de setiembre del 2010 el Tribunal resuelve suspender el proceso arbitral, hasta que el OSCE resuelva la recusación formulada por el Consorcio contra la Presidenta del Tribunal Arbitral, Dra. Ana María Arrarte Arisnabarreta; y señala en el cuarto considerando que luego de que el OSCE expedida la decisión pertinente, se reanudará el trámite del proceso, debiendo en Tribunal Arbitral que corresponda pronunciarse respecto a la pertinencia de los argumentos expuestos por Provías Nacional en su escrito de fecha 12 de julio de 2010, teniendo en consideración lo expuesto por el Consorcio mediante escrito de fecha 22 y 27 de julio del año 2010; y resuelve precisar que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a lo expuesto por las partes se emitirá una vez la recusación planteada por el Consorcio haya sido resuelta por el órgano competente.

1.15 Con la Resolución N° 264-2011-OSCE/PRE de fecha 27 de abril del 2011, el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado – OSCE declaró fundada la recusación presentada por el Consorcio contra la Presidenta del Tribunal Arbitral, Dra. Ana María Arrarte Arisnabarrete.

1.16 Mediante Resolución N° 24 del 18 de marzo del 2011, notificada el 05 de mayo del 2011, el Tribunal Arbitral levanta la suspensión del proceso arbitral establecida por Resolución N° 23 de fecha 02/09/10, poniendo a conocimiento de las partes la renuncia de la Presidenta del Tribunal, la designación del Presidente del Tribunal Arbitral Dr. Ricardo Gandolfo Cortés, la aceptación del mismo, y a designación del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú como nueva Secretaría Arbitral.

1.17 Mediante Resolución N° 25 del 27 de mayo del 2011 el Tribunal deja sin efecto el conocimiento conferido de la renuncia de la Presidenta del Tribunal, Dra. Ana Maria Arrarte Arisnabarreta y da cuenta de la Resolución N° 264-2011-OSCE/PRE de fecha 27 de abril del 2011, del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado – OSCE que declaró fundada la recusación contra dicha profesional, manteniendo la vigencia de los demás extremos de la Resolución N° 24.

1.18 Mediante Resolución N° 26 de fecha 15 de junio del 2011, se da cuenta de la renuncia del Presidente del Tribunal Arbitral, doctor



8



27/5

Ricardo Gandolfo Cortes, por la recusación formulada por Provías Nacional, dejando expresa constancia que su alejamiento del proceso respondía a su interés de contribuir con el impulso del proceso.

1.19 Mediante Resolución N° 28 del 01 de julio del 2011, el Tribunal Arbitral resolvió poner a conocimiento de las partes el escrito de aceptación al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral del doctor Emilio Cassina Rivas, quien había sido designado por los otros Árbitros; declarándose firme el nombramiento conforme a la Resolución N° 29 de fecha 25 de julio del mismo año.

1.20 Con fecha 23 de agosto del 2011 se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración, con la presencia de ambas partes.

1.21 Mediante Resolución N° 32 de fecha 24 de agosto del 2011 el Tribunal Arbitral otorgó a las partes el plazo de 07 días para que presenten los Asientos del Cuaderno de Obra referidos al segundo punto controvertido, precisándoles que no podrán presentar otros medios probatorios distintos a los solicitados, bajo apercibimiento de ser rechazados liminarmente.

1.22 Mediante Resolución N° 38 de fecha 06 de octubre del 2011, se declara cerrada la etapa probatoria, otorgándose 10 días para la presentación de los alegatos escritos y la solicitud del informe oral.

1.23 La demandante presentó sus alegatos mediante escrito del 21 de octubre del 2011.

1.24 La Entidad presentó sus alegatos mediante escrito de fecha 21 de octubre del 2011.

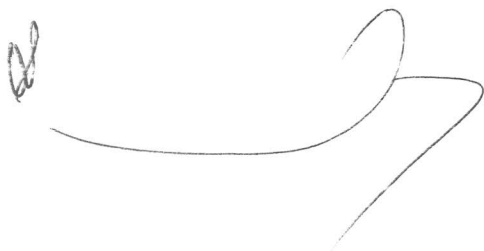
1.25 Con la Resolución N° 39 de fecha 31 de octubre del 2011, se tienen presentes ambos alegatos, y se cita a las partes a la Audiencia de Informes Orales.

1.26 El 16 de noviembre del 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la asistencia de las partes. La demandante entrega con fecha 01 de diciembre del 2011 las dispositivas correspondientes a dicho informe oral.

- 1.27 Mediante Resolución N° 44 de fecha 09 de enero del 2012, el Tribunal arbitral dispone la actuación de medios probatorios adicionales para resolver en forma integral la controversia, requiriendo a Provías Nacional para que presente en el pazo de 05 días hábiles, en original o copia fedateada lo siguiente: a) el Cuaderno de Obra Completo; b) Expediente competente del Presupuesto Adicional N° 05, c) Cartas 311-2008-CSVI_-JS, 313 CSVI-JS y 314-2008-CSVI-JS
- 1.28 Mediante Resolución N° 46 de fecha 24 de enero del 2012, el Tribunal Arbitral otorga un plazo adicional de 10 días hábiles, solicitado por Provías Nacional, para la entrega de la documentación que se le ha requerido mediante la Resolución N° 44.
- 1.29 Mediante Resolución N° 47 de fecha 20 de febrero del 2012 el Tribunal Arbitral tiene por cumplido el mandato de la resolución N° 44.
- 1.30 Mediante la Resolución N° 48 de fecha 24 de febrero del 2012, el Tribunal Arbitral se declara en estado para laudar, estableciendo un plazo de 20 días hábiles contados a partir de la notificación de esta resolución.

II. CONSIDERANDOS

PRIMERO: Que según la cláusula 13.1 del Contrato de Obra, las partes acordaron que cualquier controversia que se derive de la ejecución o interpretación del contrato, incluida la que se refiere a su nulidad e invalidez, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley; conforme a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM, y su Reglamento aprobado por DS N° 084-2004-PCM y la Ley General del Arbitraje.



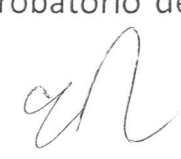
SEGUNDO: Que, la designación e instalación del Tribunal se ha realizado conforme al marco legal vigente, por lo que asume competencia para resolver esta controversia como ARBITRAJE DE DERECHO.

TERCERO: Que mediante la Resolución N° 23 de fecha 02 de setiembre del 2010 el Tribunal resolvió que luego de que el OSCE expedida la decisión pertinente a la Recusación de la Presidente del Tribunal Dra. Ana María Arrarte Arisnabarrete y reanudado el proceso, el Tribunal Arbitral debía pronunciarse respecto a la pertinencia de los argumentos expuestos por Provías Nacional en su escrito de fecha 12 de julio de 2010, teniendo en consideración lo expuesto por el Consorcio mediante escrito de fecha 22 y 27 de julio del año 2010;

CUARTO: Que el OSCE mediante la Resolución N° 264-2011-OSCE/PRE de fecha 27 de abril del 2011, declaró fundada la recusación contra dicha profesional por las razones que en ella se expresan.

QUINTO: Que, de la revisión de los actuados en el proceso arbitral y tal como se ha señalado en el numeral 1.9 de los Antecedentes del proceso, se advierte que en el quinto párrafo del Acta de Audiencia de Ilustración de fecha 26 de mayo del 2010, el Tribunal Arbitral competente en ese momento señaló que los argumentos expuestos por Provías Nacional no necesariamente se condicen, en su totalidad, con los fundamentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, por lo que –de considerarlo pertinente- podrá ser puestos por escrito en el proceso y en ese momento el Colegiado evaluará si corresponde o no tenerlos en cuenta.

SEXTO: Que mediante Resolución N° 21 de fecha 15 de julio de 2010 se corre traslado del escrito presentado por Provías Nacional con fecha 12 de julio de 2010, señalándose en los vistos que dicho escrito sustenta las razones por las cuales dicha parte considera que procedió correctamente a declarar improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 10 presentada por el Consorcio; escrito que efectivamente contiene nuevos argumentos que no fueron argüidos por la demandada en su escrito de Contestación de la Demanda, haciendo referencia a varios Asientos del Cuaderno de Obra que no fueron adjuntados como medio probatorio de su defensa.



SEPTIMO: Que, tal como se ha indicado en el numeral 1.12 de los Antecedentes del Proceso, el Consorcio mediante sus escritos de fecha 22 y 27 de julio del año 2010, absuelve el traslado de la Resolución N° 21, contradiciéndolo y advirtiéndolo que estos nuevos argumentos no fueron alegados por Provías como sustento de la Resolución que deniega la Ampliación de Plazo N° 10, ni como sustento en su contestación de demanda, por lo que considera que dicho escrito es una ampliación de la contestación de la demanda que debe ser rechazada por el Tribunal Arbitral. Asimismo el Consorcio presenta como prueba de sus argumentos los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión obtenido de la página WEB del OSCE, solicitando al Tribunal que requiera a Provías la exhibición del Contrato de Supervisión; requerimiento que no ha sido proveído por el Tribunal por una omisión involuntaria, debido a la dilación del proceso por cuestiones de las recusaciones formuladas por las partes contra algunos árbitros.

OCTAVO: Que, por lo expuesto este Tribunal considera que si bien el escrito presentado por Provías con fecha 12 de julio de 2010 contiene argumentos nuevos de su defensa no contemplados en su contestación de la demanda, también considera que estos han sido contradichos en todos su extremos por el Consorcio mediante los escritos de fecha 22 y 27 de julio del año 2010 en ejercicio de su derecho a la defensa.

Que asimismo este Tribunal ha requerido a Provías mediante Resolución N° 44 la presentación de los documentos que se detallan en la misma, al no haber sido presentados por las partes, los que han sido admitidos como medios de probatorios en el proceso, no obstante en dicha relación se omitió requerir a Provías el Contrato de Supervisión cuya exhibición fue solicitada por el Consorcio; por lo que este Tribunal en el ejercicio de sus facultades señaladas en el numeral 19 de las Reglas del Arbitraje, decide admitir los escritos de fecha 12, 22 y 27 de julio de 2010, presentados por las partes, asimismo, admite como medio probatorio los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión ofrecido por el Consorcio en sus escritos antes señalados; documentos necesarios para resolver adecuada e integralmente la controversia suscitada entre las partes.

NOVENO: Que, en cuanto al debido proceso, se han notificado todas las actuaciones arbitrales, habiendo las partes ejercido plenamente su derecho a la defensa.

DECIMO: Que, habiéndose presentado la demanda y la contestación de la demanda, en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, al no prosperar la conciliación, el Tribunal con la participación de las partes, fijó los puntos controvertidos, con la admisión de los medios probatorios. Asimismo, se han llevado a cabo las Audiencias de Ilustración, la Especial de Ilustración y la Audiencia de Alegatos, en las que las partes hicieron uso de la palabra exponiendo el sustento técnico y legal de sus posiciones; así como la presentación por escrito de dichas exposiciones.

DECIMO PRIMERO: Que, habiéndose cumplido con la etapas del proceso arbitral, y valorándose los medios probatorios admitidos, y estando dentro el plazo para laudar; se emite este Laudo en concordancia con lo establecido en el convenio contenido en la clausula Decimo Tercera del Contrato según la cual el laudo arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al proceso de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

III. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 03 de diciembre del 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio; fijándose como puntos controvertidos los siguientes:

3.1 Pretensiones Principales

- a) Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 2928-2008-MTC/20 de fecha 24 de diciembre del 2008, que declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 10 presentada por el Consorcio, por carecer de fundamentos técnicos y legales, y/o por adolecer de una debida motivación.
- b) Determinar si corresponde amparar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 10 presentada por el Consorcio, mediante Carta N° 291-2008-IL-DS/OB-SVC de fecha 13 de diciembre de 2009.

Para ello se deberá determinar:

- i) Si hubo una demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, que sustente un pedido de Ampliación de Plazo, y de ser el caso, a cuantos días ascendería; y
 - ii) Si la ejecución de los trabajos previstos en el Presupuesto Adicional N° 05, determina la procedencia de una ampliación de plazo, y de ser el caso, a cuantos días ascendería.
- c) De otorgarse una ampliación de plazo sustentada en la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, determinar:
- d) i) Si corresponde que Provías Nacional pague al Consorcio mayores gastos generales por este concepto;
- ii) De ser el caso, determinar a cuánto ascenderían los mismos, considerando las deducciones por superposiciones con las Ampliaciones de Plazo Nos. 02, 05 y 09.
- e) De otorgarse una Ampliación de Plazo por la demora en la aprobación del Presupuesto adicional N° 05, con gastos generales, determinar:
 - i) Si correspondería que Provías Nacional pague al Consorcio los intereses devengados por dichos gastos generales, y
 - ii) De ser el caso, desde y hasta cuándo se entenderían devengados los referidos intereses.

3.2. Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

Sólo si el Tribunal Arbitral se pronunciara desestimando la Segunda Pretensión Principal de la demanda, referida al pago de gastos generales por la Ampliación de Plazo generada por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05:

- f) Determinar si corresponde que Provías Nacional realice un pago por concepto de enriquecimiento sin causa a favor del Consorcio.

- g) De establecerse que si corresponde el pago de una suma de dinero por concepto de enriquecimiento sin causa, determinar a cuánto ascendería la misma.
- h) Determinar a quién le correspondería asumir el pago de los gastos ocasionados por el presente arbitraje.
- i) De establecerse que alguna de las partes debe asumir los gastos del arbitraje, determinar qué conceptos deberán ser reconocidos.

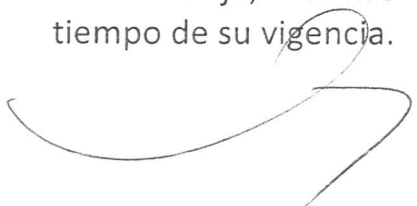
IV. DE LAS CONSIDERACIONES DEL LAUDO

DECLARACION INICIAL DEL TRIBUNAL

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre las pretensiones de las partes sintetizadas en los puntos controvertidos aprobados. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el merito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

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

La presente controversia se ha originado durante la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N° 173-2007-MTC/20 suscrito el 20 de setiembre del 2007 denominado "Mantenimiento Periódico de la Carretera Puno – Desaguadero, Tramo llave – Desaguadero (Km 1413+000 – Km 1505+500), encontrándose vigente el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en delante La Ley y el Reglamento simplemente; y la Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje; normas que regulan este arbitraje por razón del tiempo de su vigencia.



Las partes serán llamadas en este arbitraje por sus nombres. Sin embargo, la parte demandante podrá ser citada como el Consorcio y/o el Contratista; y la parte demandada como tal, MTC, Provías o la Entidad.

V. PARTE CONSIDERATIVA

A) POSICION DEL CONSORCIO OBRAINSA

Manifiesta que, en el Asiento N° 317 del Cuaderno de Obra, de 21.10.08, dejó constancia ante el Supervisor que, a esa fecha, no se tenía la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 según lo dispuesto en el Contrato y la legislación vigente.

Dicho Presupuesto Adicional comprendía la ejecución de la base granular con mayor espesor, la utilización de la cantera Lampa Grande, el pavimento planteado para los sectores con alta deformación con bicapa, que son zonas en las que la imprimación está sufriendo daño por el intenso tráfico, presentando deterioros que no son de responsabilidad del Consorcio pero si imputables a las deficiencias del Expediente Técnico.

El Consorcio indicó que, mientras subsistiesen estos impedimentos las actividades respectivas serían paralizadas dando derecho a la respectiva ampliación de plazo con reconocimiento de gastos generales y que, además, la Entidad debería reconocer el costo de la paralización del equipo y personal. En consecuencia, solicitó al Supervisor tomar las acciones del caso para resolver estos temas.

El Consorcio señala que en el Asiento N° 322 del Cuaderno de Obra, del 22.10.08, comunicó al Supervisor que no era posible extraer material de grava y arena, para base granular y arena para mezcla asfáltica de la cantera Lampa Grande, porque la comunidad Campesina de esa localidad no lo permitía la extracción de materiales. Por eso indicó también, que la continuidad de la obra estaba supeditada al material procesado disponible así como las partidas consideradas en el Presupuesto Adicional no aprobado.

También informó al Supervisor que la base granular está compuesta de grava y arena advirtiéndole que este último material debía ser explotado en la cantera Yarahoco. Todas estas partidas, anotó, forman parte del Presupuesto Adicional N° 05.

El Consorcio señala también que, según el Asiento 323 del Cuaderno de Obra, su fecha 23.10.08, informó al Supervisor que no podía ejecutar la obra en condiciones normales, porque no se contaba con la aprobación de las partidas que requerían agregados de las nuevas canteras para base granular y mezcla asfáltica, así como los metrados reales no autorizados e incluidos en el Presupuesto Adicional N° 05.

Estos hechos fueron objeto de reiteración por parte del Consorcio en los Asientos 336, 340 y 348. Finalmente en el Asiento 352, del 28.11.08, el Consorcio hizo constar que en dicha fecha se había recibido la Resolución Directoral No. 2814-2008-MTC – 2008 que aprobó el Presupuesto Adicional N° 05 y el Presupuesto Deductivo N° 01 vinculado a éste. El monto del Presupuesto Adicional N° 05 fue de S/. 6'466,509.67 incluido IGV, y el del Presupuesto Deductivo vinculante No. 01 fue de S/. 6'010,666.77 incluido IGV.

Una vez aprobado el Presupuesto Adicional N° 05, mediante la Resolución N° 2814-2008-MTC, del 28 de noviembre de 2008, el Consorcio solicitó la Ampliación de Plazo N° 10, mediante la Carta N° 291-2008/IL-DS/OB-SVC del 13 de diciembre del 2008, conforme al art. 42 de la Ley y al numeral 1 del artículo 258° del Reglamento, sustentada en "atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista" que conllevan la modificación del Calendario de avance de obra.

El Consorcio, en las páginas 6 a 8 de su demanda indica las variaciones que se tenían que efectuar al Expediente Técnico de la obra con motivo del presupuesto Adicional N° 05, el cual modifica la escarificación de la base granular, la estructura del pavimento y las secciones tipo de diversos tramos de la carretera; modificaciones necesarias que se tenían que hacer pero cuya ejecución y pago no estaba autorizado mientras el Presupuesto Adicional N° 05 no estuviese aprobado debidamente. Dichas partidas, que tienen el carácter de nuevas (punto c. 8.6 del escrito de demanda) se

tornaron parte de la ruta crítica por cuanto, luego de su ejecución, se tenía que ejecutar, entre otras, las partidas de imprimación y carpeta asfáltica correspondientes al contrato principal e, inclusive, la nueva partida de "Tratamiento Superficial Bicapa" que formaba parte del Presupuesto Adicional N° 05.

Así, pues, indica el Consorcio haber estado impedido legal y contractualmente de ejecutar, entre las progresivas mencionadas en el punto c.8.4 del escrito de demanda, la partida crítica del contrato principal N° 2.04, denominada "Conformación de Base" pues ya se tenía conocimiento de que el Supervisor había propuesto a la Entidad reemplazar esta partida por las partidas siguientes:

1. Conformación de base $h = 15$ cms (Adición de 10 cms de material chancado)
2. Conformación de base, $h = 15$ cms (Adición de 15 cms de material chancado); y
3. Conformación de base, $h = 20$ cms (Adición de 20 cms de material chancado).

El Contratista ha presentado un cuadro que muestra los tiempos de postergación del inicio de la partida crítica contractual 2.04 - Conformación de Base debido a la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 el cual no se podía comenzar a trabajar mientras no se expidiese la resolución autoritativa de la Entidad de acuerdo a ley.

En este sentido indica que la fecha de inicio de esta partida Conformación de Base, cuya duración es de 270 días, era el 05.11.07 y finalizaba el 31.07.08. Esta partida, cuyo metrado era de 669, 564.80 m² ejecutable en 270 días, tenía previsto un rendimiento contractual de 2,479.87 (m²/día).

Asimismo, indica que en el Cuadro de Resumen de Metrados de Movimiento de Tierras que adjuntó a su solicitud de Ampliación de Plazo, el metrado ejecutado de la partida 2.04 Conformación de Base, asciende a 277,382.68 m² por lo que, teniendo en cuenta el rendimiento contractual, este metrado se agotó a los 112 días calendario, esto es, al 25.02.08, fecha a partir de la cual esta partida queda en situación de no ejecutable por la falta de aprobación del

referido Presupuesto. También dice el Consorcio que, si bien a partir de 26.02.08 se hubiera podido ejecutar las Partidas críticas 02.07, 02.08 y 02.09 ello no fue posible porque la Entidad aprobó el Presupuesto Adicional N° 05 recién el 28.11.08.

Por consiguiente concluye que ha estado legal y contractualmente impedido de ejecutar la partida crítica 2.04 – Conformación de Base e impedido de ejecutar las partidas nuevas que las reemplazan, debido a la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, en 277 días calendario, computados desde el 26.02.08 (fecha en que se agotó el metrado) hasta el 28.11.08 (fecha de aprobación del Presupuesto Adicional N° 05).

Con referencia al Diagrama Gantt, que forma parte del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 05, el Consorcio indica que la Partida 04.02 – Transporte de Material proveniente de la cantera P/D > 1 km, tiene un período de ejecución de 79.5 días calendarios y, debido a esto, le corresponde una prórroga del plazo por dicho período de 79 días calendario sin gastos generales, que sumados a los 277 días calendarios con gastos generales por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, significa una ampliación total de 356 días calendarios.

Indica el Consorcio que, no obstante lo expuesto, la Entidad ha rechazado su solicitud de Ampliación de Plazo N° 10, mediante la Resolución Directoral No. 2928-2008, MTC/20 del 24.12.08.

Por último señala que si bien ha existido una demora de 277 días calendarios en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, hay que reducir 128 días calendarios por superposiciones con las causales de las Ampliaciones de Plazo N° 02, 05 y 09, por lo que considera que solo se le debe otorgar 149 días calendarios de ampliación de plazo por la demora en la aprobación de dicho presupuesto adicional con reconocimiento de gastos generales de S/. 2'793,376.01; más los 79 días calendarios por la ejecución del adicional sin gastos generales.

B) POSICION DEL MTC

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones manifiesta que, conforme al aforismo Pacta Sun Servanda, el artículo 62° de la Constitución del Estado y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los contratos se cumplen según sus términos acordados por el principio de la autonomía de la voluntad y no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase.

En virtud de lo antes señalado, la Entidad invoca la estipulación contenida en el numeral 4.3 del contrato que establece que ***“todos aquellos gastos que no se incluyan en el presente contrato y que no hayan sido previamente autorizados en forma escrita por Provías Nacional, no serán reconocidos”***.

Señala que ella aprobó el Presupuesto Adicional No. 05 mediante la Resolución Directoral No. 2814.2008-MTC del 28.11.09 así como el Presupuesto Deductivo N° 01 y que, por tanto, el Consorcio estaba obligado al cumplimiento de los nuevos términos contractuales aceptados y modificados por la Entidad.

Al referirse sobre la Improcedencia del enriquecimiento sin causa indica en el numeral 3.2.3 b. de su contestación a la demanda que, de acuerdo al Presupuesto Adicional N° 05 y el Presupuesto Deductivo No.01, las partidas 2.07, 2.08 y 2.09 reemplazan a la partida 2.04 y la partida 3.10 reemplaza a la partida 3.02 respectivamente. Y que, según el Diagrama Gantt original, determina las siguientes fechas de inicio y término de tales partidas de la forma siguiente:

- Partida 2.04 Conformación de Base. inicio el 05.11.07 y término el 31.07.08, con un Plazo de ejecución de 270 días calendario
- Partida 3.02 Reposición del pavimento: Inicio el 09.12.07 y término el 03.09.08 con un plazo de ejecución 270 días calendario

En cambio, con el Diagrama Gantt vigente a la fecha de trámite de la Ampliación de Plazo N° 10, la partida:

- Partida 2.04 Conformación de Base: inicio el 05.11.07 y termino el 18.12.07 y
- Partida 3.02 Reposición del Pavimento: inicio el 09.12.07 y termino el 11.01.09.

Concluye por tanto, que las partidas 2.04 y 3.02 fueron desplazadas hasta su culminación en 130 días calendario producto de las Ampliaciones de plazo tramitadas y aprobadas por la Entidad.

Asegura la Entidad que los metrados acumulados de las partidas 2.04 y 3.02 llegan a 669,564.80 m² que, divididos entre el plazo de 270 días, determinan un rendimiento diario de 2,479.87 m² por cada partida, mientras que, según el Presupuesto Deductivo se han reducido metrados de 406,583 m² para la partida 2.04 y 83,677.09 m² para la partida 3.10.

De esto, indica la Entidad, que los metrados deducidos y los rendimientos diarios de estas partidas 2.04 y 3.02 se calcula las fechas donde debió culminarse de ejecutar las partidas mencionadas y que son 164 días calendario y 34 días respectivamente, del cual las fechas de culminación modificadas son el 27.07.08 y 08.12.08, en ese orden (numeral 3.2.3 g. de la contestación de la demanda); en tanto que, adicionando los 34 días calendario de la Ampliación de Plazo N° 09, las fechas actualizadas a la tramitación de la Ampliación de Plazo N°10 son el 30.08.08 y el 11.01.09 para las partidas 2.04 y 3.02 respectivamente.

Así, pues, hasta el 30.08.08 el contratista podía ejecutar contractualmente la partida 2.04 Conformación de Base.

Como el Presupuesto Adicional N° 05 se aprobó el 28.11.08, la Entidad concluye que la partida 2.04 Conformación de Base dejó de ser crítica al ser reemplazada por las partidas 2.07, 2.08 y 2.09 del Presupuesto Adicional N° 05.

Menciona Provías que el Presupuesto Adicional N° 05 tenía un plazo de ejecución de 79 días calendario y debió concluirse el 15.02.09 por lo que no afectaba el calendario, cuya fecha de termino era el 16.03.09 debido a la Ampliación de Plazo N° 09.

Del mismo modo, la Entidad sostiene que la partida 2.04 fue crítica hasta el 30.08.08 y ésta a su vez, fue reemplazada por las partidas 2.07, 2.08 y 2.09 que son parte del Presupuesto Adicional N° 05 y que estaban programadas dentro de dicho presupuesto, por lo que la demora en la aprobación del mencionado Presupuesto no ha afectado el calendario vigente de la obra.

VI. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Tribunal Arbitral considera necesario, antes de iniciar el análisis de las pretensiones, re – ordenar los dos primeros puntos controvertidos señalados en los literales a) y b) del numeral 3.1 de las Pretensiones Principales, a fin de que estos tengan una relación lógico jurídica. De esta manera el Tribunal comenzará resolviendo el punto controvertido contenido en el literal b) del numeral 3.1 de las Pretensiones Principales, luego el literal a) del numeral 3.1 y posteriormente los demás puntos controvertidos, pues de ser procedente la ampliación de plazo, la decisión contenida en la Resolución Directoral N° 2928-2008-MTC/20 de fecha 24 de diciembre del 2008 no tendrá eficacia, y de no ampararse la prórroga del contrato la indicada Resolución quedará firme.

Segundo punto controvertido: Descrito en el literal b) del numeral 3.1 de este Laudo.

- b) Determinar si corresponde amparar la solicitud de Ampliación de Plazo N° 10 presentada por el Consorcio, mediante Carta N° 291-2008-IL-DS/OB-SVC de fecha 13 de diciembre de 2009.

Para ello se deberá determinar:

- A. Si hubo una demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, que sustente un pedido de Ampliación de Plazo, y de ser el caso, a cuantos días ascendería; y
- B. Si la ejecución de los trabajos previstos en el Presupuesto Adicional N° 05, determina la procedencia

de una ampliación de plazo, y de ser el caso, a cuantos días ascendería.

El Consorcio ha pedido al Tribunal que se declare fundada su pretensión para que reconozca como válida la Ampliación de Plazo N° 10 por 356 días calendario que comprende 277 días por la demora de la Entidad en aprobar el Presupuesto Adicional N° 05 y 79 días por la ejecución de éste, con el pago de gastos generales por S/2'783,376.01, por el período de 277 días, para lo cual se procederá a analizar lo siguiente:

A Determinar si hubo una demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, que sustente un pedido de Ampliación de Plazo, y de ser el caso, a cuantos días ascendería; y

- 1) El Consorcio señala que solicitó la Ampliación de Plazo N° 10 el 13.12.08, mediante la Carta N° 291-2008-12 DS/OB - SVC, requiriendo la aprobación de 356 días calendario, de los cuales 277 días calendario corresponden a la demora de la Entidad para emitir la resolución correspondiente que, en forma previa a la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05, aprueba el referido presupuesto.

Solicitó esta Ampliación de Plazo amparándose en el artículo 42° de la Ley y el numeral 1 del artículo 258° del Reglamento, es decir, por atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, que modificaron el calendario de avance de obra; debido a que la estructura del pavimento y el consecuente procedimiento constructivo de la partida crítica "Partida 2.04 - Conformación de Base" (partida contractual), fue reemplazada por las nuevas Partidas 02.07, 02.08 y 02.09 que fueron aprobadas en el Presupuesto Adicional N° 05.

Por ello es que consideró que era necesario prorrogar el plazo de ejecución de la obra, debido a que no había podido realizar en tiempo oportuno las prestaciones a

su cargo que corresponden a las partidas del Presupuesto Adicional N° 05 y las partidas contractuales subsecuentes a las inicialmente referidas, ya que la Entidad se demoró 277 días en emitir la resolución autoritativa de dicho Presupuesto Adicional, requiriéndose 79 días más para ejecutar el trabajo comprendido en ese presupuesto.

El Consorcio manifiesta que durante la ocurrencia de estos hechos, se anotaron los Asientos N°s 317, 322, 323, 336, 340, 348 y 352 en el Cuaderno de Obra, especialmente en lo relativo a la base granular, utilización de la cantera Lampa Grande, modificación del pavimento planteado para los sectores con alta deformación con bicapa y zonas con imprimación que estaban sufriendo daños por el intenso tráfico, indicando que mientras subsistiesen estos impedimentos sus actividades estarían paralizadas. Asimismo señala que todas estas situaciones significaron la afectación de la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente.

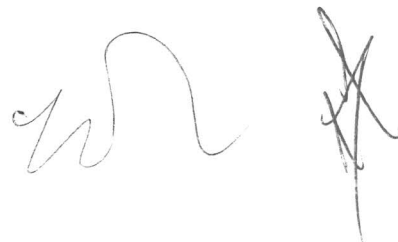
Manifiesta también que, en estas condiciones, estaba impedida legal y contractualmente de ejecutar la partida crítica del contrato principal, 2.04, denominado "Conformación de Base" así como las partidas nuevas que las reemplazan. Dado que la Entidad aprobó el Presupuesto Adicional recién el 28 de noviembre del 2008 y teniendo en consideración que la ejecución de los metrados de la Partida 2.04 culminó el 25 de febrero del 2008, existió una dilación de 277 días calendario. En consecuencia, solo podía comenzar la ejecución de este Presupuesto Adicional después del 28 de noviembre de 2008, requiriendo además 79 días calendarios para ejecutar las partidas del citado Presupuesto Adicional.

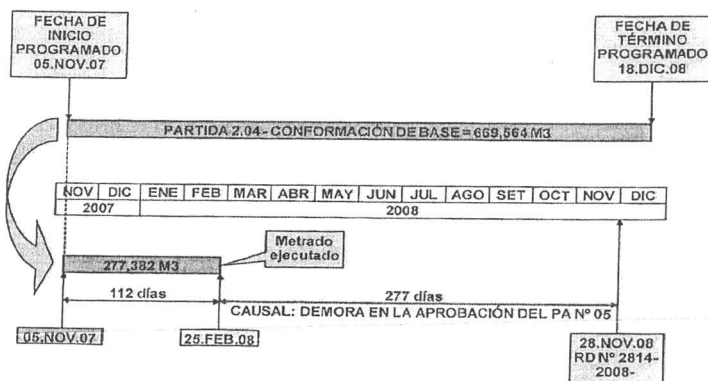
El Consorcio para determinar el periodo en el que se ha visto afectado por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, realiza un análisis en

función al metrado contractual, el plazo de ejecución según el Calendario de Avance de Obra (CAO) original y el rendimiento contractual de la Partida "2.04 – Conformación de Base"; y señala que teniendo en cuenta que esta partida tenía un metrado de 669,564.80 m² para ejecutarse en 270 días calendario, el rendimiento contractual de la partida referida es de 2,479.97 m² por día; y que conforme se aprecia en el Cuadro de Resumen de Metrados de Movimiento de Tierras que se adjunto a la solicitud de Ampliación de Plazo, el metrado ejecutado de la misma era de 277,382.68 m², lo que significa que este metrado ya se había agotado en un plazo de 112 días calendarios.

De ello concluye que, al tomarse en cuenta que en el Calendario de Avance de Obra vigente, la ejecución de dicha partida debía iniciarse el 05 de noviembre del 2007, la ejecución de los 277,382.68 m² en 112 días calendario, culminaba el 25 de febrero del 2008, fecha a partir de la cual ya no podía ejecutar la Partida crítica 2.04 – Conformación de Base Granular, así como tampoco la partidas nuevas que la reemplazarían debido a que el Presupuesto Adicional N° 05 no había sido aprobado; y que en consecuencia los 277 días de demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 deben ser computados desde el 26 de febrero del 2008 (fecha en que se agotaron los metrados de la Partida 2.04) hasta el 28 de noviembre del 2008 (fecha de aprobación del Presupuesto Adicional N° 05).

El Consorcio en la página 9 de 31 de sus alegatos grafica de manera ilustrativa su posición de la siguiente manera:





Asimismo señala con relación al plazo para la ejecución del Presupuesto Adicional que se requiere el plazo de 79 días calendarios, dado que de acuerdo al Diagrama Gantt que forma parte del Expediente Técnico del Presupuesto Adicional N° 05, que cuenta con la conformidad del Supervisor, la partida crítica 04.02 – Transporte de Material Proveniente de la Cantera P/D > 1 Km, requiere un plazo para su ejecución de 79.5 días calendarios. En la página 10 de 31 de sus alegatos presenta el siguiente gráfico:

DIAGRAMA GANTT
PRESUPUESTO ADICIONAL N° 05
MAYORES METRADO EN OBRAS PRELIMINARES, CONSERVACIÓN DE LA CALZADA, TRANSPORTES Y PARTIDAS
NUEVAS EN MOVIMIENTO DE TIERRAS Y CONSERVACIÓN DE LA CALZADA

Partida	Descripción	Unidad	Metrado Adicional	Días Ejecución Adicional	Mes 1	Mes 2	Mes 3
01.00	OBRAS PRELIMINARES						
01.01	Montaje y Desmontaje de Equipo	Glo	0.0263				
01.04	Mantenimiento de Tránsito y Seguridad Vial	Mes	2.33	70.0			
02.00	MOVIMIENTO DE TIERRAS						
02.05	Mejoramiento de Suelos a nivel de subrasante (*)	m3	1,322.28	2.8			
02.06	Perrado y compactado de base existente (*)	m2	69,745.14	21.8			
02.07	Conformación de base h=15 cm (Adición de 10 cm de material chancado) (*)	m2	353,637.65	67.3			
02.08	Conformación de base h=16 cm (Adición de 15 cm de material chancado) (*)	m2	14,811.02	9.5			
02.09	Conformación de base h=20 cm (Adición de 20 cm de material chancado) (*)	m2	60,131.70	30.4			
03.00	CONSERVACIÓN DE LA CALZADA						
03.01	Impregnación asfáltica	m2	11,509.09	4.8			
03.03	Asfalto Líquido RC-280	Qm	33,519.74				
03.10	Tratamiento Superficial bicapa (*)	m2	67,800.66	35.6			
03.11	Señal Asfáltico (*)	m2	1,310.76	0.2			
04.00	TRANSPORTES						
04.01	Transportes de Material Proveniente de Cantera P/D <= 1 Km.	m³Km	42,055.20	10.4			
04.02	Transportes de Material Proveniente de Cantera P/D > 1 Km.	m³Km	69,697.44	79.5			
04.05	Transportes de Material a Eliminar P/D > 1 Km.	m³Km	12,315.19	30.8			
04.06	Transportes de Material a Eliminar P/D < 1 Km.	m³Km	66,731.02	62.3			

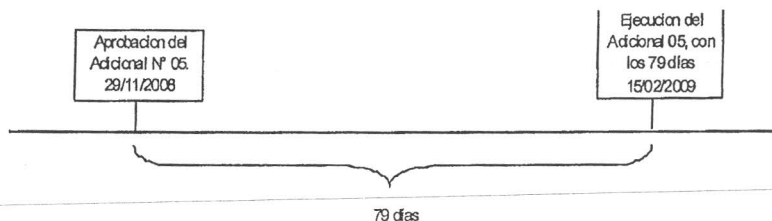
(*) Partidas Nuevas;

- 2) El MTC, por su parte, como ya se ha dicho precedentemente, manifiesta que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05 estaba programada para que tome 79 días calendario y éste debió aprobarse el 15 de febrero del 2009 (páginas 6 y 7 de su alegato) por lo que su ejecución no afectaba el calendario. Luego,

anota que la fecha de aprobación del Presupuesto Adicional fue el 28 de noviembre del 2008 por lo que, sumando los 79 días de ejecución a partir de esa fecha se llega hasta el 15 de febrero del 2009 que es la fecha de finalización de la ejecución de la obra.

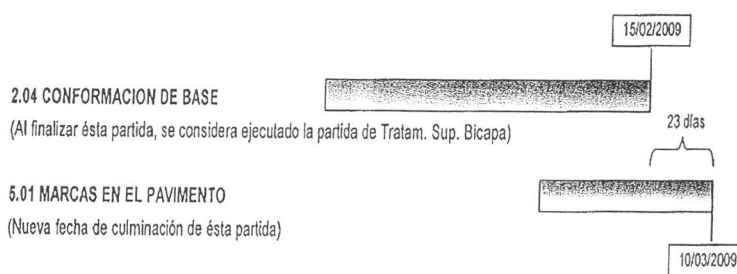
En la página 7 de sus alegatos muestra el siguiente cuadro:

Fecha de aprob. del Adicional N° 05 (28.11.2008) + 79 (días por ejecución) = 15.02.2009
(Fecha de finalización)



Y finalmente indica que al haberse aprobado la Ampliación de Plazo N° 09 con la R.D. N° 2923-2008-MTC/20 de fecha 24 de diciembre del 2008 en 34 días calendario, la fecha de culminación de la obra se ha trasladado del 10 de febrero de 2009 al 16 de marzo de 2009, con lo que considera quedaría demostrado que no se ha afectado el Calendario de Avance de Obra. En la página 9 de sus alegatos muestra el cuadro siguiente:

CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA QUE INCLUYE LOS 79 DÍAS DE EJECUCION



El MTC, en su escrito presentado el 12 de julio del 2011 indica que la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 se debe también al propio Consorcio,

que no cumplió con advertir a la Supervisión oportunamente, de la imposibilidad de seguir ejecutando la partida 2.04 Conformación de Base por los problemas que se solucionarían con las obras del Presupuesto Adicional N° 05; y que, tal como se dice en el párrafo A.3 del citado escrito, el Contratista no fue diligente en la presentación de los documentos e informaciones que le fueron requeridos por el Supervisor como consta en los Asientos 283, 285, 323, 338, 339 (anotados entre setiembre y octubre del 2008) perdiéndose así 53 días calendarios para dar curso adecuado a la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05.

El Tribunal Arbitral luego de haber efectuado el análisis de los hechos expuestos por ambas partes llega a las siguientes conclusiones:

- a) En el artículo 42° de la Ley se establece que la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. Asimismo se establece que el contratista tiene la facultad de solicitar la ampliación del plazo pactado por tres causales: i) por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, ii) atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y iii) por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.

De igual forma en el artículo 258° del Reglamento se reitera las causales antes mencionadas e incide en que se podrá solicitar la ampliación de plazo siempre que modifique el calendario de avance de obra vigente.

Por otro lado, en el artículo 259° del Reglamento se establece el procedimiento y los requisitos que debe cumplir el Contratista para la procedencia de una ampliación de plazo, que son los siguientes:

1. 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.
2. Dentro de los 15 días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el supervisor
3. Que la demora haya afectado el calendario de avance vigente; y
4. Que toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución y en caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.
5. En cuanto a la ejecución de obras adicionales, ésta debe modificar el calendario de avance de obra.

En los artículos 260° y 261° del Reglamento se establece que 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; y que en los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra ofertado entre el número de días del plazo contractual afectado por el coeficiente de reajuste "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

Y, finalmente, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 265° del Reglamento, se tiene que la demora de la Entidad en emitir la resolución que autorice las obras adicionales será causal de ampliación de plazo.

Del análisis de los hechos expuestos por las partes y en aplicación de las normas pertinentes para la solución de la controversia, el Tribunal Arbitral determina lo siguiente:

A. Ampliación de Plazo por demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05

- a.1 En el numeral 2.6 del Informe N° 177-2008-MTC/20.7.1.CGV de fecha 23 de diciembre del 2008, emitido por el Especialista de Conservación Vial de Provías, que forma parte de la motivación de la Resolución Directoral N° 2928-2008-MTC/20, que deniega la Ampliación de Plazo N° 10, PROVIAS textualmente indica que ***“... la fecha de culminación de la Partida 2.04 Conformación de Base, es el 25/02/2008, considerando los metrados reales; y que la ejecución de las partidas 2.07, 2.08 y 2.09 que son las que reemplazan a la partida 2.04, el contratista está facultado a iniciarlo a partir del 29/11/2008 fecha en que se aprueba el Adicional N° 05, a demás de todas las partidas vinculadas a la misma”***.

Es decir, con esta afirmación Provías reconoce que el Consorcio estuvo impedido de ejecutar tanto la Partida contractual 2.04 como las Partidas 2.07, 2.08 y 2.09 que la reemplazaron al aprobarse el Presupuesto Adicional N° 05, desde el 26 de febrero de 2008 hasta el 28 de noviembre del mismo año; con lo que se comprueba que el periodo de afectación del calendario de Avance de Obra es el comprendido entre estas fechas.

- a.2 Una de las causales por las que solicita el Consorcio la Ampliación de Plazo N° 10, es la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, causal que fue evidenciada por dicha parte con las anotaciones en los Asientos N° 317, 322 y 323 del Cuaderno de Obra, cuyas fechas de anotación son el 21, 22 y 23 de octubre del 2008, respectivamente; y con los Asientos N° 336, 340, 348 y 352 del Cuaderno de Obra, cuyas fechas de anotación son el 02, 04, 26 y 28 de noviembre del 2008; asientos en los que señaló que se encontraba en trámite de aprobación o pendiente de aprobación el Presupuesto Adicional N° 05, lo cual le impedía realizar las

actividades involucradas con el mismo, y que en su momento solicitaría la ampliación de plazo correspondiente; con lo cual se comprueba que el Consorcio cumplió con el requisito de anotar durante la vigencia de la causal (entre el 26 de febrero del 2008 al 28 de noviembre del 2008) en el Cuaderno de Obra las circunstancias que ameritan la ampliación de plazo solicitada.

Téngase presente que en el artículo 259° del Reglamento, norma aplicable al presente proceso, no se exige que desde el inicio de la causal y durante su ocurrencia, el Contratista deba anotar las circunstancias que a su criterio ameriten una ampliación de Plazo; esta exigencia recién se ha dado con la aprobación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, norma actualmente vigente y que no es de aplicación al presente caso.

- a.3 De los actuados se comprueba que la causal invocada de “demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05”, concluyó cuando Provias notificó al Consorcio el 28 de noviembre del 2008, la Resolución Directoral N° 2814-2008-MTC, con la cual aprueba el Presupuesto Adicional N° 05 que es indispensable para poder ejecutar dicho presupuesto.

Por lo que al solicitar el Consorcio, con fecha 13 de diciembre de 2008, la Ampliación de Plazo N° 10 mediante la Carta N° 291-2008/IL-DS/OB-SVC dirigida a la Supervisión de la Obra, lo ha hecho dentro del plazo de los 15 días calendarios de concluida la causal y dentro del plazo vigente de ejecución – toda vez que el termino contractual de obra en esa oportunidad era el 10 de febrero del 2009, como consta en la Carta N° 415-2008-CSVI.JS que contiene el Informe de la Supervisión sobre la Ampliación de Plazo N° 10-; por consiguiente el Consorcio ha cumplido con lo establecido en el artículo 259° del Reglamento, en cuanto a la oportunidad de la presentación de su solicitud.

- a.4 Corresponde ahora analizar si el Calendario de Avance de Obra vigente se vio afectado o no por la demora en la

aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 y por la ejecución del mismo.

Tal como se aprecia en el numeral 1 del Informe del Supervisor sobre la Ampliación de Plazo N° 10, contenido en la Carta N° 415-2008-CSVI.JS de fecha 19 de diciembre del 2008, el calendario de Avance de Obra vigente era el correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 07 (al haberse denegado la Ampliación de Plazo N° 08), en donde consta también que la Ampliación de Plazo N° 09 se encontraba en trámite, por lo que a dicha fecha, se confirma que la fecha de término del contrato era el 10 de febrero del 2010.

Asimismo, se aprecia que la Resolución Directoral N° 2923-2008-MTC/20, que declara procedente en parte la Ampliación de Plazo N° 09 por 34 días calendario, y que obra como parte del sustento del Informe del Supervisor, fue emitida el 28 de diciembre del 2008; es decir, en fecha posterior a la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 10, que fue presentada el 13 de diciembre del 2008; razón por la cual no corresponde tomar en cuenta los 34 días de la Ampliación de Plazo N° 09 para calificar la solicitud Ampliación de Plazo N° 10.

Por lo que teniendo en cuenta el último párrafo del artículo 265° del Reglamento que prescribe que la demora de la Entidad en aprobar las obras adicionales es una causal de Ampliación de Plazo; se concluye que el Consorcio estaba impedido de ejecutar las prestaciones contractual correspondientes en la partida 2.04 Conformación de Base desde el 25 de febrero de 2008 y solo pudo reiniciarlas a partir del 28 de noviembre del 2008, fecha en la cual se expidió la Resolución Directoral N° 2814-2008-MTC, que autorizó la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05; resolución ésta que, conforme al artículo 265° del Reglamento es la condición previa que supedita dicha ejecución. Este período suma 277 días calendario de dilación al que se debe acumular el tiempo necesario para ejecutar el referido Presupuesto Adicional N° 05, que es de 79 días calendarios.

Este Tribunal considera que hay que remarcar que la Entidad omite, en este cálculo, considerar los 277 días que la misma se tomó para aprobar el Presupuesto Adicional N° 05; demora que como ya se mencionó, conforme al último párrafo del artículo 265° del Reglamento es causal de Ampliación de Plazo.

- a.5 Por otro lado la Entidad ha indicado que el Consorcio ha tenido un grado de responsabilidad en la demora incurrida para la emisión de la resolución autoritativa de estas obras adicionales en virtud de no haber presentado, oportunamente, ciertos documentos e informaciones que ella le solicitó y que eran necesarios para poder tramitar el Presupuesto Adicional N° 05 y obtener su aprobación.

Así, Provias en su escrito de fecha 12 de julio del 2010, indica que en el asiento N° 271 del Cuaderno de Obra, su fecha 8 de setiembre del 2008, anotado por la Supervisión, se precisa que el Consorcio se había comprometido a presentar el documento Adicional N° 05 y Deductivo N° 01, a más tardar el 15.09.08, debiendo presentar los planos y metrados de las partidas involucradas del Presupuesto Adicional. Asimismo, en el Asiento N° 272, de fecha 09 de setiembre del 2008, el Supervisor anota que el Contratista debió presentar los planos para la cuantificación y su posible inclusión en el Presupuesto Adicional N° 05.

También señala que el Supervisor en el Asiento N° 283 de fecha 15 de setiembre de 2008, precisó que *"...si no existe ningún Presupuesto Adicional, sustentado por su representada formulado por la Supervisión y por consiguiente en trámite, no hay demora en la aprobación y menos se afecta el CAO vigente"*; y en el Asiento N° 284 el Supervisor precisó que mientras no se cumpla con presentar la documentación no será posible elaborar el Adicional; asimismo en el Asiento 285. Esta situación según la Entidad habría terminado el 06.11.08 con la anotación en el Asiento N° 342 del Cuaderno de Obra en el que aparece que las dos partes llegaron a un acuerdo para conciliar los metrados, especificaciones técnicas y

pactación de precios unitarios para las partidas nuevas; todo lo cual estuvo precedido por las cartas de la Entidad, remitidas al Consorcio, con los N° 311-2008-CSVI.JS del 03.11.08, N° 313-2008-CSVI.JS del 03.11.09 y N° 314-2008-CSVI.JS del 04.11.09; documentos presentados por la Entidad al Tribunal en su escrito de fecha 02.02.2012.

Con respecto a este punto en análisis, el Tribunal ha revisado los *“Términos de Referencia del Servicio de Consultoría de Obra, Supervisión del Mantenimiento Periódico de la Carretera Puno – Desaguadero, Tramo: Ilave – Desaguadero”*, en cuyo acápite *“5.0 DESARROLLO DEL SERVICIO”*, numeral *“5.2 Segunda Etapa: Supervisión de los Trabajos”* se señala que el Supervisor será responsable del servicio que brinde en cada una de las fases del servicio, entre ellas, la señalada en el numeral *“5.2.2 Fase de Supervisión Técnica de los Trabajos y Administrativa del Contrato de mantenimiento Periódico”* en cuyos párrafos 16 y 17 ubicados en la pág. 89 se establece lo siguiente:

“5.2.2 Fase de Supervisión Técnica de los Trabajos y Administrativa del Contrato de Mantenimiento Periódico

El alcance del Servicio en esta fase incluirá por lo menos lo siguiente:

- (...)
- *Preparar oportunamente, de acuerdo a los plazos y cumpliendo los requisitos establecidos, los expedientes técnicos que involucren presupuestos adicionales y/o deductivos a que hubiera lugar, para su presentación y trámite de aprobación ante PROVIAS NACIONAL y/o Contraloría General de la República.*

Previamente a la solicitud de trámite de aprobación de los referidos expedientes técnicos, mediante el resolutivo correspondiente, o en la misma solicitud de trámite, el Supervisor sustentará la necesidad de ejecutar tales trabajos adicionales o su deducción, según corresponda.

Los expedientes técnicos incluyendo planos,

especificaciones técnicas y presupuestos deben ser suscritos por el Jefe de Supervisión y el Representante del Contratista, en señal de conformidad.

- **En caso de que PROVIAS NACIONAL se vea en la necesidad u obligación de incurrir en mayores gastos por incumplimiento de lo señalado en el punto anterior, estos serán por cuenta del Supervisor, descontándose de sus honorarios.**

**El Supervisor deberá efectuar el seguimiento del trámite de aprobación de los expedientes presentados y no tendrá derecho a retribución por servicios que tengan por origen los señalados en el punto anterior.
(...)"**

Es decir, de acuerdo a los Términos de Referencia¹ del Contrato de Supervisión, que forman parte del mismo, el Supervisor de Obra es el responsable contractualmente de elaborar el Presupuesto Adicional N° 05 y de efectuar el seguimiento para su aprobación; obligaciones contractuales que no pueden ser trasladadas al contratista, bajo ninguna forma.

Teniendo en cuenta, especialmente el asiento 342 del Cuaderno de Obra en el que consta que las partes, en este caso el Supervisor y el Contratista, habían llegado a un acuerdo conciliatorio para fijar los metrados, especificaciones técnicas, pactación de precios unitarios, lo que evidencia que el período previsto era en verdad uno de negociación.

Por tanto, el reclamo de la Entidad, contenido en su escrito presentado el 12.07.10, de deducir los 53 días calendarios, comprendidos desde el 15 de setiembre de 2008 hasta el 06 de noviembre de 2008, de los 277 días calendarios imputados a la Entidad por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, no es posible que sea atendido.

¹ "Anexo de Definiciones" del Reglamento.

54. Términos de referencia: Descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría.

- a.6 Finalmente, el Consorcio en el literal c.10.7 de su demanda reconoce que si bien ha existido una demora de 277 días calendarios en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, corresponde deducir los 128 días calendario de superposición con las causales de las Ampliaciones de Plazo N° 02, 05 y 09, que no han sido objetados por Provías; razón por la cual se le debe reconocer solo 149 días calendarios de Ampliación de Plazo por demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05.
- a.7 En consecuencia, la Ampliación de Plazo N° 10 comprende 149 días calendarios los cuales generan gastos generales por el importe de S/. 2'793,376.01.

B. Ampliación de Plazo por la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05

En cuanto a la cuantificación del plazo para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05, ambas partes coinciden que el plazo necesario es de 79 días calendarios sin reconocimiento de gastos generales dado que éste tiene su propio gasto general. Asimismo, ambas partes coinciden que el Calendario de Avance de Obra vigente sobre el cual se debe analizar la afectación, es el correspondiente al aprobado por la Ampliación de Plazo N° 07, es decir el CAO N° 07.

No obstante la controversia radica en que el Consorcio sostiene que la ejecución de este presupuesto adicional afecta el Calendario de Avance de Obra y por tanto corresponde se le otorgue una ampliación de plazo por 79 días calendarios; mientras que Provías sostiene que su ejecución no afecta dicho calendario y por tanto no corresponde otorgar la Ampliación de Plazo N° 10 por este concepto.

Al respecto, este Tribunal luego de haber verificado que la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 sí afectó el Calendario de Avance de Obra Vigente, el CAO N° 07, en 149 días calendarios, conforme al análisis efectuado en los literales del b.1 al

b.6 precedentes, resulta evidente que el plazo de 79 días para ejecutar dicho presupuesto debe sumarse al correspondiente a la espera de su aprobación, por lo que se concluye que corresponde reconocer al contratista este plazo de 79 días calendarios para la ejecución de dicho presupuesto.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera fundada la Segunda Pretensión Principal del Consorcio, otorgándose al Consorcio la Ampliación de Plazo N° 10 por 149 días calendarios por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 con gastos generales, más 79 días calendarios por la ejecución del Presupuesto Adicional N° 05 sin gastos generales; así como el pago de los intereses legales correspondientes computados desde la fecha de la citación a la Entidad con la demanda del Consorcio, hasta la fecha en que se efectúe la cancelación total de la cantidad de S/. 2'793,376.01 señalada por el Tribunal; quedando inválida y sin efecto por razones de fondo la Resolución Directoral N° 2928-2008-MTC/20 del 24 de diciembre del 2008.

Primer Punto Controvertido: Descrito en el párrafo 3.1 a) de la Parte III de este Laudo

El Consorcio ha solicitado que se declare la nulidad de la Resolución Directoral No. 2928-2008-MTC/20 del 24 de diciembre del 2008, que denegó la Ampliación de Plazo No. 10 presentada por aquel. Esta solicitud se sustenta en que dicha Resolución Directoral carece de fundamentos técnicos y legales, no habiéndose ceñido a lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 27444 que regula la motivación del acto administrativo por lo que se ha incurrido en la nulidad prevista en el art. 10 de la misma ley.

El MTC no se ha pronunciado respecto a esta pretensión del Consorcio.

La Resolución Directoral No. 2928 contiene la parte relativa a los vistos, la parte sobre sus considerandos y la parte resolutive por lo que, en principio, no carece de los elementos que toda resolución debe tener; y, en cuanto a la parte considerativa en si se hace referencia, en algunas de las sub-partes de ésta, a determinados informes y recomendaciones de la Supervisión de la obra y a los emitidos por su Unidad Gerencial de

Conservación y su Unidad de Gerencia Legal, a las cuales identifica, según lo previsto en el art. 6.2 de la mencionada Ley 27444.

El Tribunal considera que la Resolución Directoral No. 2928-2008-TC/20 del 24 de diciembre del 2008 tiene la motivación adecuada y expresa claramente la manifestación de la voluntad del MTC de denegar la Ampliación de Plazo No. 10 solicitada por el Consorcio, cumpliéndose lo prescrito en los artículos 140 y 141 del Código Civil que, según el art. 4 de la Ley 26840, y el art. 201 del Reglamento, es de aplicación supletoria prioritaria en el caso de controversias suscitadas en el ámbito de las contrataciones que realiza el Estado.

En todo caso, el Consorcio tenía el derecho de solicitar al MTC copias de los referidos informes para ejercer sus derechos como, en efecto, lo ha hecho.

Por lo expuesto, el Tribunal declara infundada la pretensión del Consorcio contenida en este punto controvertido en lo que se refiere a su aspecto formal, sin perjuicio de lo resuelto con relación al Segundo Punto Controvertido.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

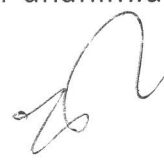

Se declara sin objeto emitir pronunciamiento sobre la Pretensión Subordinada del Consorcio a su Segunda Pretensión Principal.

Tercera Pretensión Principal

En relación a la Tercera Pretensión Principal del Contratista y, atendiendo al resultado del proceso se dispone que cada una de las partes asuman las costas y costos que sus respectivas defensas les haya ocasionado en este proceso arbitral.

VII PARTE RESOLUTIVA

En consecuencia, el Tribunal, por unanimidad, resuelve esta controversia y LAUDA en la forma siguiente:



PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.- Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal del Contratista que solicitaba la nulidad, por aspectos formales, de la Resolución Directoral Nº 2928-2008-MTC/20 del 24 de diciembre del 2008, sin perjuicio de lo resuelto con relación al Segundo Punto Controvertido.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal y por tanto Procedente la Ampliación de Plazo Nº 10 por 356 días calendario, de los cuales 79 días calendarios, sin gastos generales que son por la ejecución del Presupuesto Adicional Nº 05; y 277 días calendarios que corresponden a la demora en la aprobación del referido Presupuesto Adicional, con reconocimiento de los gastos generales ascendentes a la suma de S/. 2'793,376.00, monto que corresponden a 149 días calendarios después de deducir los 128 días calendarios producto de la superposición de las Ampliaciones de Plazo Nos. 02, 05 y 09; declarándose inválida por razones de fondo la Resolución Directoral Nº 2928-2008-MTC/20 del 24 de diciembre del 2008.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-

Declarar que cada parte asumirá los gastos por costas y costos que este proceso les haya demandado.



EMILIO CASSINA RIVAS
Presidente



GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA
Árbitro




CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ


VICTOR PALOMINO RAMIREZ
Árbitro


VERONICA VARGAS DEL RIO
Secretaria Arbitral
Centro de Arbitraje PUCP