LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

GYM S.A. CONTRATISTAS GENERALES VS LA EMPRESA DE GENERACIÓN ELECTRICA MACHUPICCHU S.A. (EGEMSA)

TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL DOCTOR ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS, E INTEGRADO POR EL DOCTOR GABRIEL SABA SABA Y LA DOCTORA ELVIRA MARTINEZ COCO

RESOLUCIÓN Nº 31
Lima, 16 de marzo del dos mil doce.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

La Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A., en adelante EGEMSA, mediante Comité Especial otorgó la Buena Pro a la Empresa GyM S.A. Contratistas Generales, en adelante GyM, en el Proceso de Licitación Pública Nº LP-01-2008-EGEMSA, en adelante la Licitación.

Con fecha 24 de abril de 2009, GyM suscribió con EGEMSA el "Contrato N° 09-2009" denominado "Contrato de Ejecución del Proyecto Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", en adelante el Contrato, con el objeto que GyM se encargara de la ejecución[1] de la obra "Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", la que incluye diseño de las obras electromecánicas a nivel de ingeniería de detalle, transporte, suministro, montaje, pruebas puesta en servicio, entrega de estudios y documentación requerida por el COES para el ingreso en operación comercial y culminación satisfactoria de la Operación Experimental de las obras electromecánicas correspondientes a la unidad generadora tipo Francis. De la misma forma, el diseño complementario y la ejecución de las obras civiles para la cabal ejecución y culminación de la obra, hasta la liquidación del Contrato de Obra.

En la ejecución del Contrato surgieron controversias entre las partes que son materia del presente proceso arbitral

[1] Clausula Quinta del Contrato N°09-2009 presentado como Anexo 4-B del escrito de demanda.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

Surgidas las controversias entre las partes respecto del Contrato, GyM designó como árbitro al doctor Gabriel Saba Saba. A su turno y dentro del plazo de ley, EGEMSA designó a la doctora Elvira Martínez Coco, como su árbitro.

Con fecha 22 de marzo de 2011, GyM formuló recusación contra la doctora Elvira Martínez Coco, mientras que con fecha 31 de marzo de 2011, EGEMSA absolvió el traslado de la recusación.

El Consejo Superior de Arbitraje del Centro declaró infundada la recusación efectuada a la doctora Elvira Martínez Coco, mediante la Resolución N° 0087-2011/CSA-CA-CCL de fecha 20 de abril de 2011, de conformidad con los plazos que fija la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, en adelante la LA y el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), en adelante el Reglamento de la Cámara.

A su turno, el doctor Gabriel Saba Saba y la doctora Elvira Martínez Coco se pusieron de acuerdo en nombrar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, al doctor Alberto Montezuma Chirinos.

Con fecha 16 de junio de 2011 se instaló el Tribunal Arbitral con presencia y participación de las partes. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

En la Cláusula Trigésima Tercera del Contrato referida a la solución de controversias se dispuso que los conflictos que derivasen de la ejecución e interpretación del Contrato, incluido los que se refiriesen a su nulidad e invalidez, serían resueltos de manera definitiva e inapelable mediante un arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se sometieron las partes en forma incondicional, habiendo declarado conocerlas y aceptarlas en su integridad.

En el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que conforme a lo acordado por las partes, el presente arbitraje es nacional y de derecho.

Procedimiento arbitral aplicable

Según lo establecido en el punto 4 del Acta de Instalación, serán de aplicación al presente arbitraje los acuerdos previstos por las partes en el convenio arbitral, las reglas contenidas en el Acta de Instalación, el Reglamento de la Cámara y la LA, en lo que corresponda, así como la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado[2].

Así mismo, sin perjuicio de ello, se dispuso que el Tribunal Arbitral queda facultado para resolver a su entera discreción, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34° de la LA y por el artículo 36° del Reglamento de la Cámara.

Adicionalmente, en el punto 5 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se precisó que las partes, de conformidad con el Contrato, se han sometido al el Reglamento de la Cámara; y en tal sentido, reconocen la intervención del Centro como la institución que se encargará de la organización y administración el presente arbitraje.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52° de la LA. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LA, en el que se señala que los árbitros tienen facultad para determinar de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

II.3 LA DEMANDA

PETITORIO

Primera Pretensión Principal
(Caso 1994-021-2011):
Que el Tribunal Arbitral otorgue a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la Obra igual a doscientos doce (212) días calendarios, por los hechos referidos en su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 8.

---

2 Cláusula Trigésima Tercera del Contrato presentado como Anexo 4-B del escrito de demanda.

Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal (Caso 1994-021-2011):
Que el Tribunal Arbitral ordene que EGEMSA pague a GyM S.A. el valor de los mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo indicada en la Primera Pretensión Principal, ascendentes a la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis y 88/100 Dólares de los Estados Unidos de América) más IGV y los correspondientes intereses, así como las costas, costos y gastos.

Segunda Pretensión Principal (Caso 2066-096-2011):
Que el Tribunal Arbitral otorgue a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la Obra igual a cuatrocientos doce (412) días calendarios, por los hechos referidos en su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 9.

Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal (Caso 2066-096-2011):
Que el Tribunal Arbitral ordene a EGEMSA pagar a GyM S.A. el valor de los mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo indicada en la Segunda Pretensión Principal, ascendentes a la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 Dólares de los Estados Unidos de América) más IGV y los correspondientes intereses, así como las costas, costos y gastos.

DECLARACIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES

1. Que, GyM expresa que durante la ejecución del Proyecto ocurrieron diversos hechos (como los involucrados en sus solicitudes de ampliación de plazo que generan las pretensiones principales de esta demanda) imputables a la responsabilidad de la demandada, que originaron diversas solicitudes de ampliación de plazo.

2. Que dichas solicitudes se tramitan en expedientes independientes, conforme a la naturaleza y condiciones de cada una de ellas, de acuerdo a su ocurrencia en el tiempo y de conformidad con lo establecido en el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo 84-2004-PCM, en adelante el Reglamento, que dispone lo siguiente:

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

3. Que si bien resulta obvio, GyM considera prudente declarar que de manera independiente a la absoluta validez de cada una de las ampliaciones

solicitadas por ella (incluyendo las que son objeto de la Primera Pretensión Principal y de la Segunda Pretensión Principal de esta Demanda), las ampliaciones solicitadas por su parte de manera concurrente postergarán la fecha de terminación del proyecto, por lo que será la fecha más tardía de terminación, la efectiva.

4. Que dicha declaración –aclara GyM- tiene por objeto expresar con transparencia, y a fin de evitar cualquier duda, que GyM no pretende sumar las ampliaciones concedidas que involucren los mismos períodos de tiempo (aunque por distintas causales), ni cobrar montos duplicados por gastos generales.

5. Que, en mérito a lo anterior, GyM solicita que el Tribunal Arbitral considere que su parte no pide que se "sumen" (para efectos de reconocimientos a su favor) los períodos de tiempo contenidos en su Primera Pretensión Principal y en la Segunda Pretensión Principal, ni que tampoco se "sumen" los importes de gastos generales de las pretensiones accesorias. Señala que en tanto dichas ampliaciones de plazo se traslapan en el tiempo, el efecto de una decisión del Tribunal que conceda ambas será únicamente el de trasladar la fecha de terminación del proyecto a la fecha más tardía de las solicitudes de ampliación de plazo concedidas, aplicándose la misma regla para los gastos generales.

6. Que, en consecuencia, para evitar cualquier duda, GyM presenta el siguiente ejemplo: Si el Tribunal declara fundadas todas las pretensiones de GyM, entonces el efecto práctico será únicamente el de ampliar el plazo conforme al término contenido en la Segunda Pretensión Principal, y reconocer el pago de gastos generales por el importe requerido en la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, dado que dicha Segunda Pretensión Principal subsume en sus efectos al término de ampliación requerido en la Primera Pretensión Principal.

7. Que, dicho lo anterior, a continuación GyM pasa a desarrollar los fundamentos de su demanda, remarcando que la única pregunta de fondo que ésta plantea es la siguiente: ¿Es legítimo que el Contratista asuma las deficiencias del Expediente Técnico a pesar que la Ley y el Contrato asignan la responsabilidad y riesgo sobre aquél en el Propietario y en el Proyectista?

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A DICHA PRETENSIÓN

1. Que GyM sostiene que EGEMSA, conforme al proyecto elaborado por la empresa Lahmeyer Agua y Energía S.A. (en adelante, el Proyectista, quién a su vez actúa como Supervisión durante la ejecución del Proyecto), convocó al proceso de Licitación Pública N° LP-01-2008-EGEMSA, Primera

Convocatoria denominada "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu".

2. Que el Comité Especial de EGEMSA otorgó a GyM, la Buena Pro.

3. Que con fecha 24 de abril de 2009 se suscribió el Contrato N° 09-2009, denominado "Contrato de Ejecución del Proyecto Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu".

4. Que con fecha 16 de julio de 2009, el Consorcio Supervisión Machupicchu, en adelante la Supervisión, remitió la carta N° CSM-GyM-001 comunicando al Contratista que se habían cumplido todos los requerimientos establecidos en el Reglamento.

5. Que con fecha 17 de julio de 2009 se dio inicio al plazo de ejecución de obra, conforme a lo anotado por la Supervisión en el Asiento N° 01 del Cuaderno de Obra.

6. Que mediante la carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009, el Contratista comunicó a la Supervisión, que luego del replanteo topográfico, realizado conjuntamente con la Supervisión, se había determinado que la ubicación del bloque de anclaje y pique vertical se encontraba sobre una falla geológica, por lo que se remitieron planos topográficos con la identificación del bloque de Anclaje G y Pique Vertical, planos topográficos con ubicación de fallas, replanteo del punto notable pique vertical y ubicación del Bloque de Anclaje, además de fotografías de la zona en las que mostraron las condiciones geográficas y vistas de la falla.

7. Que con la carta N° 099-09-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 26 de noviembre de 2009, el Contratista remitió el Nuevo Cronograma de Obra Detallado, para su análisis y aprobación, incluyendo las precisiones de la Supervisión a los Cronogramas previos analizados.

8. Que mediante la carta N° CSM-GyM 055/09-CR de fecha 12 de diciembre de 2009, la Supervisión respondió la carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM, indicando que luego de coordinar con el Proyectista, éste manifestó que en la zona de la tubería forzada fueron identificadas varias fallas que cruzan el trazo de la misma. Asimismo, se señaló que dichas fallas fueron detectadas, reportadas y evaluadas en el proceso del Estudio según el Anexo 6.5 Estaciones Microtectónicas y Registro de Fracturas. Por lo que, se indicó que si el Contratista consideraba que pudo existir algún problema con ello, se les remitiera información técnica al respecto si se consideró que esta falla era activa o se informase en qué magnitud su ubicación afectaría la estructura planteada, teniéndose en cuenta que muchas de ellas sólo pueden cortar diagonalmente la posición del pique.

9. Que con la carta N° 112-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 15 de diciembre de 2010, el Contratista dio respuesta a la carta CSM-GyM 055/09-CR, indicando que dentro del marco geológico anexo 5-5.1 se muestra un análisis geomorfológico en la Superficie en la que se apoyará la tubería forzada, con una litografía de roca granodiorita y las condiciones estructurales, las que representan un sistema de fallas sub paralelas "inactivas"

10. Que por otra parte, GyM dejó constancia que la presencia de sectores escarpados eran indicios de debilidad de la roca, suponiendo ello, la presencia de fallas geológicas erosionadas. Por lo que, se consideraba un riesgo la proyección sobre ellas de las obras civiles, toda vez que era preferible evitar estos sitios considerados vulnerables.

11. Que en el numeral 5.1. se menciona que las condiciones de roca son favorables tomando como referencia los resultados obtenidos de la perforación diamantina, no obstante ello, se dejó constancia que el Contratista no tenía conocimiento de los lugares en los que fueron tomadas las muestras diamantinas referidas en el numeral 5.1.; por lo que, debía evitarse proyectar la obra civil e hidráulica en trazos de falla geológica.

12. Que finalmente, se dejó constancia que el Contratista cumplió con sus obligaciones de advertir posibles futuras consecuencias no deseadas, por lo que se tomó nota de la respuesta de la Supervisión para la ubicación del bloque de anclaje G-3 en la carta CSM-GyM 055/09-CR, reiterando que dejó constancia de sus observaciones y apreciaciones; indicando también que se había detectado la presencia de planos de falla en el ingreso de la casa de máquinas en el Nivel 1707.65.

13. Que con fecha 18 de diciembre de 2009, la Supervisión emitió su carta N° CSM-GyM 063/09 con la que dio respuesta a la carta N° 112-09-GyM S.A-1652/CSM del Contratista, solicitando la remisión de una serie de estudios, como modelos geológicos en 3D de la zona del pique, desarrollo del modelo de condiciones estructurales del macizo rocoso para el pique con el software DIPS, entre otros.

14. Que con Asiento del Cuaderno de Obra N° 128 de fecha 19 de diciembre de 2009, el Contratista dio respuesta a la carta CSM-GyM 063/09 de la Supervisión, indicando que consideraba inaceptable su solicitud, por cuanto el alcance de los estudios adicionales requeridos correspondían claramente no solo a una ingeniería de detalle, sino también estudios propios de la ingeniería de diseño, ninguna de las cuales forman parte de las obligaciones contractuales del Contratista.

15. Que asimismo, las obligaciones para las obras civiles, contemplan únicamente ingeniería complementaria para aquellas partidas plenamente

identificadas en el contrato. Por lo que, se sostiene que con la entrega de los documentos remitidos con carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009, el Contratista ha cumplido éstas obligaciones contractuales. Finalmente, se señala que el Contratista dejó constancia que asume que la información remitida por la Supervisión con su carta CSM-GyM 055/09, respecto de la zona de la tubería forzada y del "G-3" del anexo 5-5.1, que muestra que las fallas son inactivas, es cierta y que ello significa que el proyecto está debidamente conceptuado y que por lo tanto su apreciación queda superada por lo indicado en la referida carta.

16. Que por su parte, la Supervisión, con Asiento del Cuaderno de Obra N° 132 de fecha 22 de diciembre de 2009, indicó que el pedido del Proyectista en la Carta de Supervisión CSM-GyM 055/09 de fecha 04 de noviembre de 2009 obedeció a que el Contratista informó que halló una falla durante la excavación de la caverna. Señala que es por ello, que el proyectista recomendó estudios e investigaciones orientadas a esclarecer la situación real, para que de acuerdo con estos resultados se pueda elaborar convenientemente el método de excavación y diseño de los anclajes, entre otros; concluyendo equivocadamente en que debido a que la ingeniería complementaria sería de responsabilidad contractual del Contratista, debe proceder con lo requerido por el Proyectista. Advierte que como puede notarse, la Supervisión (quien es a su vez el Proyectista), pretendía trasladar así al Contratista la responsabilidad sobre la ingeniería básica del proyecto.

17. Que con la carta CSM-GyM 059/09 de fecha 04 de enero de 2010, la Supervisión, EGEMSA y el Contratista suscribieron el Nuevo Cronograma de Obra Detallado.

18. Que mediante la carta N° CSM-GyM 078/10-HJ de fecha 08 de enero de 2010, la Supervisión equivocadamente reiteró que como parte de la "ingeniería complementaria" concerniente al Pique Vertical, el Contratista debería dar cumplimiento a las siguientes actividades textualmente citadas (de esta forma, sostiene que la Supervisión con conocimiento y aceptación de EGEMSA pretendió trasladar al Contratista riesgos y responsabilidades sobre el diseño que en absoluto le competen):

> ***"(...)***
> ***Evaluación de las condiciones geológico-geotécnicas y geomecánicas para definir los parámetros de diseño a ser consideradas dentro del diseño final del Pique Vertical.***
>
> ***Evaluación geoestructural para la elaboración del modelo estructural que defina condiciones de afectación del macizo rocoso y el análisis de la***

ubicación del Pique Vertical en un sector afectados por fallas.

Establecimiento de un programa de monitoreo en la Caverna, que incluya las mediciones convergencia. Revisión del diseño del anclaje del bloque G en el cual no se ha contemplado utilizar cables tensores. Para la materialización de estas tareas la Supervisión se encargará a manera de colaboración, con las evaluaciones respectivas mediante su personal especializado en geología y geomecánica.

El Contratista asumirá la preparación de los accesos a los distintos puntos de control a ser efectuados en el sector del Pique Vertical, así como las medidas de apoyo y seguridad para el personal que participe en las tareas antes descritas.

Los resultados de estas evaluaciones serán base para los análisis detallados a ser realizados por nuestro especialista en mecánica de rocas, que estará llegando a obra en los primeros días del mes de febrero."

19. Que con fecha 19 de enero de 2010, EGEMSA aprobó el Cronograma de Obra a que GyM se refiere en el Punto 16.

20. Que mediante la carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM de fecha 20 de enero de 2010, el Contratista dejó constancia de los acuerdos arribados en reunión sostenida con los ingenieros Hugo Jaén y Juan Gómez, representantes de la Supervisión, los ingenieros Luis Vargas Becerra y Rubén Lara, representantes del Contratista en la que se acordó textualmente, lo siguiente:

"(...)
CSM y GyM efectuaran el levantamiento topográfico de la zona Inferior al Bloque de Anclaje G.

El equipo de geología de CSM liderado por el Ing. Trujillo e Ing. Hugo Jaén, evaluarán las condiciones Geológico - Geomecánicas definiendo los parámetros de diseño a ser considerados para el Pique Vertical.

Los trabajos se efectuaran del Nivel 1956.75 al Nivel 1740, con apoyo del personal y Topografía por GyM.

Trabajos de Nivel 1956.75 al 1940 se tomara la información de los estudios geomecánicos del plano GT - 07.
Trabajos de levantamientos Geolo - Mecánicos ejecutados durante la excavación del túnel auxiliar y Casa de Maquinas elaboradas por Ing. Hugo Jaén y apoyo de GyM, Ing. Alejandro Amenabar (...)".

21. Que se indicó que la información recabada serviría para que el Ing. Trujillo, especialista de la Supervisión, prepare una evaluación Geoestructural y elabore el Modelo Estructural que defina las condiciones del macizo cuya información sería analizada por el experto extranjero para la definición del Pique Vertical en el mes de febrero.

22. Que con el Asiento N° 168 de fecha 22 de enero de 2010, GyM dejó constancia que conforme a lo dispuesto por el Contrato y el artículo 210° del Reglamento aplicable al mismo, tenía la obligación de comunicar de manera inmediata las fallas o defectos que se pudieran advertir luego de la suscripción del Contrato, sobre cualquier especificación que obrase en el mismo.

23. Que es en el marco del cumplimiento de la obligación arriba indicada que se presentó la carta N° 094-09-GyM SA-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009 y la carta N° 112-09-GyM SA-1652/CSM de fecha 15 de diciembre de 2009, con las que se hizo de conocimiento de la Supervisión de la existencia de una falla geológica sobre la cual se encuentran ubicados el bloque de anclaje y el pique vertical.

24. Que, asimismo, GyM señala que se aclaró que de acuerdo al Contrato, se tiene la obligación de efectuar la ingeniería complementaria de la obras civiles según las partidas 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 12, 15, y 16 del presupuesto de obras civiles ingeniería complementaria y que para que pueda cumplir con estas obligaciones, es necesario que previamente se haya hecho entrega de la ingeniería básica, la cual debe contar con los estudios previos necesarios para su desarrollo (como los requeridos por la Supervisión con su carta CSM-GvM 063/09 de fecha 18 de diciembre de 2009), los cuales de acuerdo a las estipulaciones contractuales no son responsabilidad del Contratista, sino del Proyectista (esto es, de EGEMSA y de la Supervisión, quien a su vez es el Proyectista).

25. Que pese a lo acordado en la Reunión de fecha 16 de enero de 2010 (cuyo tenor quedara transcrito en la carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM), la Supervisión remitió su carta N° CSM-GyM 078/10-HJ con la que requería "tomar nota de la necesidad de dar cumplimiento" de una serie de actividades equivocadamente denominadas por la Supervisión como "ingeniería complementaria del pique vertical". Por lo que, indicó que es

evidente que las actividades enumeradas en la referida carta de la Supervisión, a todas luces exceden los alcances de las obligaciones del Contratista y lo acordado de buena fe en la referida Reunión del pasado 16 de enero de 2010.

26. Que GyM sostiene que manifestó su desacuerdo respecto a lo solicitado por la Supervisión tanto en el Asiento N° 132 del Cuaderno de Obra, como en las cartas CSM-GyM 063/0 y CSM-GyM 078/10-HJ, y reiteró que quedaba a la espera de la pronta remisión de los documentos necesarios para dar cumplimiento a sus obligaciones de elaborar la ingeniería complementaria según los términos contractuales, sin perder el espíritu de apoyo y cooperación con la Supervisión, en los términos descritos en el Asiento N° 168 del Contratista y lo acordado en la Reunión de fecha 16 de enero de 2010.

27. Que con fecha 04 de febrero de 2010, la Supervisión remitió la carta N° CSM-GyM 078/2010, con la que manifestó su desacuerdo con lo indicado por el Contratista en su carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM, insistiendo en que los estudios solicitados con su carta CSM-GyM 078/2010 eran parte de la ingeniería complementaria a cargo del Contratista.

28. Que GyM argumenta que es evidente que se encuentran ante un supuesto de cambio del alcance de la obra, en su diseño esencial o básico (al haberse alterado las condiciones sobre las que éste se elaboró), y no puede interpretarse en modo alguno que dicho riesgo puede afectar al Contratista a cargo de la construcción; así se tiene que la ingeniería complementaria es exclusivamente la labor accesoria a la de construcción, lo que no puede confundirse con el rediseño de la obra, como pretenden EGEMSA y la Supervisión (representante de EGEMSA conforme al Contrato).

29. Que mediante el Asiento N° 208 de fecha 11 de febrero de 2010, el Contratista indicó que en atención a las consideraciones expuestas en su Asiento N° 168 y según los alcances de las conversaciones y la voluntad de apoyo a la Supervisión, la nómina de trabajos citada en la carta N° 027-10 GyM SA-1652/CSM de fecha 21 de enero 2010 sigue pendiente de definición.

30. Que con la carta N° CSM-GyM 107/10 de fecha 13 de marzo de 2010, la Supervisión comunicó que el experto en Mecánica de Rocas del Proyectista, Ing. Bemhard Stabel estaría disponible para efectuar una visita de campo a la casa de máquinas, zona del pique vertical, cámara de carga entre otros, desde el 21 de marzo de 2010.

31. Que con fecha 25 de marzo de 2010, representantes del Contratista y la Supervisión acompañaron la visita técnica realizada a obra por el especialista del Proyectista, Ing. Bernhard Stabel.

32. Que con la carta N° 134/10 JG de fecha 19 de abril de 2010, la Supervisión emitió sus observaciones al informe mensual de marzo 2010, en cuyo último párrafo indica lo siguiente:

> ***"(...) No se concluyo que el pique está ubicado en una zona de falla sino se concluyo que no se puede establecer si el pique se encuentra en una zona de falla antes de construir un camino de acceso hasta el punto C, limpiar la zona mencionada hasta el superficie de macizo rocoso y hacer trabajos de investigación. Por lo tanto, según los requerimientos de diseño contratado que requieren este acceso para los propósitos constructivos, como también para los propósitos de elaborar eventual ingeniería complementario, se requiere de Contratista hacer un camino de acceso hasta el punto G a la brevedad posible, para que la Supervisión y su especialista mencionado pueden, junto con el Contratista, acceder a esta zona y determinar los trabajos de investigación necesarios."***

33. Que mediante la carta N° 114-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 07 de mayo de 2010, se remitió el procedimiento de trabajo del pique Vertical para las actividades de excavación y concretado del Pique.

34. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 22 de fecha 31 de mayo de 2010, el Contratista indicó que el acceso al Punto "G" estaría concluido para el día 5 de junio, para efectos de realizar su inspección a fin de definir la ubicación del Pique Vertical. De igual manera, se manifiesta que la ubicación de la tubería forzada conforme al proyecto significaría un volumen de excavación superior al estimado por el Proyectista.

35. Que mediante la carta N° CSM-GyM 157/10-HJ de fecha 02 de junio de 2010, la Supervisión emitió sus comentarios y observaciones respecto del procedimiento de trabajo remitido con la carta N° 114-10 GyM S.A.1652/CSM, entre los cuales se encontraba en evaluación la ubicación final de la Tubería Forzada.

36. Que con el Asiento N° 296 de fecha 05 de junio de 2010, el Contratista comunicó que con fecha 2 de Junio de 2010 se terminaron los trabajos de desbroce y acceso al Bloque G de la tubería forzada proyectada, los que fueron solicitados el 25 de Marzo 2010 durante la visita técnica que se realizó con la Supervisión para corroborar que el Pique se encontraba en

una zona de falla; también requeridos en el último párrafo de su Carta CSM-GyM 134/10-JG de fecha 19 de Abril de 2010. Por lo que, se dejó constancia que la Supervisión ya tenía a su disposición el acceso al bloque G de la tubería forzada, a fin de que con ayuda de su especialista, pudieran inspeccionar el área y se pronunciasen a la brevedad posible, respecto a la reubicación del pique de la tubería forzada o si se mantenía el diseño original del proyecto.

37. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 23 de fecha 10 de junio de 2010, se planificó una inspección a la zona del pique para el día 11 de junio de 2010, así también la Supervisión manifestó que se comunicaría con su especialista Ing. Bernhard Stabel a fin que viaje a obra.

38. Que con la carta N° 153-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 11 de junio de 2010, el Contratista dio respuesta a las observaciones al procedimiento de trabajo del Pique Vertical remitidas con la carta N° CSM GyM 157/10-HJ.

39. Que con el Asiento N° 317 de fecha 20 de junio de 2010, la Supervisión indicó que seguía en coordinaciones con el especialista Bernhard Stabel para su visita a obra.

40. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 24 de fecha 22 de junio de 2010, el Contratista explicó las condiciones de los volúmenes de excavación y sus consecuencias, presentando una serie de alternativas, las cuales se comprometió a entregar formalmente con carta a la brevedad posible.

41. Que GyM señala que mediante la carta N°185-10,GyM S.A.1652/CSM de fecha 28 de junio de 2010, remitió las propuestas ofrecidas durante la Reunión de obra N° 24, haciéndose hincapié en lo siguiente:

> ***(...) "Con nuestra Carta N° 153-10-GyM S.A-1652/CSM en el numeral 1, ya establecimos un comentario preliminar respecto de los volúmenes de excavación y por sobre todo del gran problema que se avecina, que es la eliminación del material producto de la excavación en superficie para la tubería forzada. Debemos manifestar que contractualmente no existe Precio Unitario para la eliminación del material producto de esta excavación o denominado "desmonte", motivo por el cual la Supervisión deberá elaborar el correspondiente expediente de adicional para que posteriormente sea aprobado por EGEMSA, todo ello con la finalidad de evitar que el material producto de la excavación provoque Impacto ambiental alguno en el santuario de Machupicchu. Por todo lo expuesto en la presente y***

> ***nuestra carta de la referencia, solicitamos considerar nuestras propuestas que contribuyen a la búsqueda de soluciones técnicas - económicas y medio ambientales; en beneficio del proyecto (...)".***

42. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 25 de fecha 29 de junio de 2010, se definieron los puntos a tratar sobre la problemática del Pique Vertical, por lo que se acordó sostener una reunión especial con la participación de la Supervisión, el Contratista y el Ing. Stabel en su calidad de experto del Proyectista, a fin que explique las conclusiones a las cuales llegó luego de sus evaluaciones sobre el Pique Vertical para la tubería forzada. Así también la Supervisión solicitó al Contratista que remitiera un esquema de un túnel inclinado.

43. Que conforme con la Minuta de Reunión de Obra N° 26 de fecha 06 de julio de 2010, se dejó constancia que para considerar el cambio a pique inclinado, se requería de un análisis económico y sería tratado lo antes posible para dar una pronta solución conjunta, en tanto que se consideraba que la sugerencia del pique inclinado era muy razonable.

44. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 353 de fecha 06 de julio de 2010, en vista que se encontraba próximo el inicio de la ejecución de las partidas contractuales correspondientes a la labor de explanación y excavación para posterior ejecución de los trabajos previstos en la tubería forzada y cámaras de carga, GyM solicitó a la Supervisión que llevase a cabo todas las coordinaciones pertinentes con EGEMSA a fin que le sean remitidos los permisos y/o autorizaciones de las autoridades y organismos competentes (SERNANP, INC y otros) necesarios y suficientes para la ejecución de los trabajos contractualmente pactados.

45. Que en respuesta a lo solicitado en el Asiento de Cuaderno de Obra N° 353, la Supervisión anota el Asiento N° 357 de fecha 08 de julio de 2010 lo siguiente:

> ***"(...) Respecto al Asiento N° 353, les manifestamos que en reunión conjunta EGEMSA, el Contratista y Supervisión el día 06/07/10 se acordó evaluar la alternativa de construir un conducto forzado inclinado, desde casa de máquinas hasta cámara de carga, fijando para el día lunes 12 de julio la evaluación y definición final (...)".***

46. Que GyM advierte que conforme a la Minuta de Reunión de Obra N° 30 de fecha 03 de agosto de 2010, la Supervisión dejó constancia que la información y avances sobre la ingeniería de la tubería forzada inclinada de 403 metros, aún se encontraban en evaluación por parte del Proyectista.

Por lo que, sostiene que en cuanto los resultados de ésta evaluación llegasen a manos de la jefatura de la Supervisión, se tendrían mayores alcances.

47. Que mediante la carta N° 247/10 de fecha 07 de agosto de 2010, la Supervisión, remitió la revisión del Diseño de Tubería Forzada-Pique, solicitando formalmente la presentación del presupuesto adicional para la ejecución de las obras consecuencia de la modificación del diseño contractual de la tubería forzada - pique, a fin que se realice la conciliación de precios, se presente el correspondiente ante EGEMSA y ésta proceda con su aprobación mediante resolución.

48. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 448 de fecha 08 de agosto de 2010, GyM hizo acuse de recibo de la carta CSM-GyM 247/10 de la Supervisión con la cual les remitieron su instrucción para la ejecución de la tubería forzada y del pique vertical según modificaciones de diseño desarrolladas por el Proyectista, adjuntando dos planos en copia física para el análisis de afectación en costos y plazos, para cuyo efecto el Contratista solicitó que se le remitieran los archivos de los planos enviados en copia digital (formato Autocad). Así también indicó que se remitiría oportunamente el resultado del análisis de los documentos enviados.

49. Que conforme a la Minuta de Reunión de Obra N° 31 de fecha 10 de agosto de 2010, se dejó constancia de las posiciones de la Supervisión y GyM respecto de los precios para la ejecución del cambio de diseño para la ejecución de la tubería forzada y el pique, así como respecto de otros puntos, por lo que se pactó una Reunión para el día 13 de agosto del 2010.

50. Que mediante la carta N° 303-10 GyM S.A. de fecha 21 de agosto de 2010, GyM señala que remitió presupuestos de ejecución de obra para las alternativas de diseño de la tubería forzada y el pique subterráneo según la revisión del proyecto remitido por la Supervisión en la carta CSM-GyM 247, de acuerdo con la modificación del proyecto contractual y según el proyecto de ejecución de un pique inclinado.

> ***"Debemos Indicar que a efectos de evaluar los procesos constructivos y analizar los costos involucrados respecto a los nuevos diseños de la tubería forzada alcanzada por el Supervisor, los mismos que plantean una solución integral a las fallas geológicas en las que estaba inmerso el proyecto original y a los volúmenes de corte en roca que se proyectaba para la ejecución de la tubería en superficie, así como su correspondiente disposición final; se llevaron a cabo reuniones de coordinación entre los especialistas tanto del Supervisor como del Contratista, en las cuales se***

revisaron los conceptos Incluidos en el presupuesto Preliminar planteado por el Contratista y a la vez se generaron consideraciones técnicas a Incluirse en el presupuesto definitivo.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la opción (3) 'Proyecto que considera Pique Inclinado' generará menor impacto ambiental y visual, debido a la eliminación de los trabajos superficiales y la consiguiente instalación de instalaciones definitivas expuestas. Adicionalmente la disposición final de material excedente proviene de las excavaciones subterráneas se efectuará en un depósito debidamente acondicionado en el sector aguas debajo de la central hidroeléctrica. (...)"

51. Que mediante el Asiento N° 471 de fecha 22 de agosto de 2010, GyM dejó constancia de la presentación de los presupuestos remitidos con la carta N° 303-10 GyM S.A. 1652/CSM de fecha 21 de agosto de 2010.

52. Que con el Asiento N° 496 de fecha 01 de setiembre de 2010, GyM indicó que viene realizando el banqueo descendente de la excavación de la casa de máquinas para dejar excavada a sección completa según los alcances contractuales complementados con lo indicado por la Supervisión en la carta CSM-GyM 205/CR de fecha 01 de julio de 2010 (sostenimiento con shotcrete, drenaje y excavación). Asimismo, enfatiza que al estar próximos al pie que dará inicio a la excavación para la tubería forzada prevista contractualmente, se hace necesario la definición del proyecto de excavación para la misma, por lo que solicita su remisión a la brevedad posible.

53. Que en respuesta al Asiento N° 471, la Supervisión anotó en el Asiento N° 507 de fecha 3 de setiembre de 2010, lo siguiente:

"Respecto de su Asiento N° 471, aclaramos que la modificación del trazo de la tubería forzada fue tramitada en base a su carta N° 114-10 GyM de fecha 07/05/10 (procedimiento de trabajo-numeral 5.02) carta N° 303-10 G Y M de fecha 19/08/10, finalmente en Reunión del 31/08/10 con la participación de la EGEMSA, Proyectista, Contratista y la Supervisión se acordó que para el día martes 07 se defina la modificación de la tubería forzada."

54. Que en el Asiento N° 496 de GyM, la Supervisión indicó textualmente lo siguiente:

> ***"Respecto de su Asiento N° 496, les comunicamos lo siguiente: los trabajos realizados en casa de maquinas relacionadas con nuestra carta CSM-CyM 205/10, han sido supervisadas en su oportunidad tal es así que se vienen pagando en las valorizaciones de julio y agosto; sobre el último párrafo del asunto, dejamos constancia que la definición sobre los trabajos en la tubería forzada fue coordinada con ustedes en Reunión del día 31 de agosto 2010.***
>
> ***El Contratista manifiesta que según los alcances contractuales complementados con lo indicado por la Supervisión en la carta CSM-GyM 205 la mismo tendrá un sostenimiento con shotcrete drenaje y excavación. Sin embargo conforme se indica en nuestro Asiento N° 523 reiteramos que el procedimiento constructivo prevé la colocación de pernos sistemáticos de 35 mm de diámetro y 8 metros de longitud con lechada de cemento."***

55. Que mediante la carta N° 348-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 05 de setiembre de 2010, remitió para revisión y aprobación el Presupuesto revisado de la Tubería Forzada Inclinada, el mismo que consideró el alcance de la disminución del diámetro de excavación a 3.40 metros, generando un revestimiento de 0.30 metros de concreto entre la roca y el blindaje.

56. Que mediante la carta N° 351-10-GyM S.A.-1652/CSM también de fecha 05 de setiembre de 2010, manifiesta que remitió para revisión y aprobación el Presupuesto revisado de la Tubería Forzada según el proyecto alcanzado por la Supervisión indicando que éste proyecto corresponde a un desplazamiento de la tubería forzada para desviar la falla existente y tubería forzada en superficie con el perfil elevado que minimice las excavaciones.

57. Que GyM alega que, por su parte, la Supervisión con su carta N° 295/10-JG de fecha 05 de setiembre de 2010, dio respuesta a la carta N° 303-10-GyM S.A.-1652/CSM, agradeciendo la colaboración del Contratista en buscar de una solución integral al tema de la Tubería Forzada - Pique, resaltando que con la su participación en las reuniones de trabajo y las alternativas de solución presentadas, EGEMSA pudo evitar los riesgos geológicos del punto "G" del Pique, disminuir la excavación superficial y mejorar el impacto visual. Asimismo hizo referencia a que la definición de la alternativa a ser ejecutada, se realizará en las reuniones previstas para los días martes 07 de setiembre de 2010 y miércoles 09 de setiembre de 2010.

58. Que con fecha 08 de setiembre de 2010, afirma que se llevó a cabo una reunión extraordinaria de cuya ejecución queda constancia lo descrito en la denominada "Minuta de Reunión Extraordinaria", en la cual se indicó entre otros puntos que la alternativa de solución más económica es la del "Pique Inclinado".

59. Que con carta N° 370-10-GyM S.A.1652/CSM de fecha 08 de setiembre de 2010, conforme a los términos de la reunión extraordinaria del mismo día, es que remitió el documento final del Presupuesto de la Tubería Forzada Inclinada que contiene los puntos conciliados en la referida reunión.

60. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010, la Supervisión en el punto 2 de su carta indicó textualmente que:

> ***"(...) Se establece que se aplicaran los planos presentados al Contratista por parte de la Supervisión, como también las cantidades y los precios según acordado con el Contratista el día 8 de septiembre, 2010 referidos a pique inclinado. La resolución correspondiente se emitirá por parte de EGEMSA a la brevedad posible. Sin embargo el Contratista puede iniciar las actividades contractuales previas a la construcción de pique inclinado, incluyendo la presentación de método de trabajo, como también las actividades según los planos de pique inclinado."***

61. Que mediante la carta N°382-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 11 de setiembre de 2010, dejó constancia de la existencia de una incompatibilidad en los niveles de la cámara de carga y la tubería forzada, dicha incompatibilidad fue detectada entre los planos OC-304 y OC-306, que corresponden a las secciones de la Cámara de Carga en los que se indica como cota del eje de tubería forzada tramo horizontal el nivel 2051.30 (Punto F'), y en planos OC-402 y OC-403 correspondientes a los perfiles longitudinales de la Tubería Forzada se indica el nivel 2051.40 para el mismo punto. Por lo que, se consultó cuál es el nivel que debe corresponder al Punto F', el mismo que deberá también considerarse en la nueva puesta de la Tubería Forzada.

62. Que con la carta N° 390-10-GyM S.A.1652/CSM de fecha 13 de Setiembre de 2010 y Asiento de Cuaderno de Obra 563 de fecha 14 de setiembre de 2010, GyM hizo acuse de recibo y dio respuesta a la carta CSM 297/10, tomando nota de lo instruido por la Supervisión respecto de los trabajos para la Tubería Forzada y el Pique.

63. Que según lo indicado en la Reunión de obra N° 36 de fecha 14 de setiembre de 2010, se dejó constancia de los siguientes puntos:

"(...) El Contratista ya evaluó la propuesta de ejecución, sin embargo solicita planos definitivos en pique inclinado blindado.

Supervisión solicita a Contratista que presente método de trabajo.

Contratista enviara planos de accesos para aprobación y procedimiento de trabajo.

El Contratista solicita los planos de obras civiles: codo de anclaje N° 1, codo de anclaje N°5 y blindaje de la tubería forzada inclinada para su fabricación correspondiente.

El Contratista debe entregar los análisis de precios de las partidas nuevas, conforme a los precios unitarios ya consolidados entre el Contratista, Proyectista y Supervisión.

El procedimiento de trabajo que considera el Contratista consiste en: Reparación del winche actual, utilización del funicular hasta la parte superior. El vaciado de concreto se hará un tramo desde la casa de máquinas y el resto desde la cámara de carga, la soldadura del blindaje del pique inclinado se hará por el interior. El día miércoles 22 de septiembre de la próxima semana se alcanzara el plan de trabajo detallado y el Cronograma de los trabajos."

64. Que según lo indicado en la Reunión de Obra N° 39 de fecha 05 de octubre de 2010, se acordó sostener una reunión de acuerdo sobre el presupuesto del pique inclinado para el día miércoles 06 de octubre a las 10 de la mañana en las oficinas de la supervisión.

65. Que mediante la carta N° 501-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 07 de octubre de 2010, GyM dio respuesta a la carta N° 351/10 de la Supervisión de fecha 27 de setiembre de 2010, con la que remitió el estudio de modificación de la Tubería Forzada elaborado por el Proyectista de EGEMSA, y remitió el presupuesto revisado incluyendo los costos de las partidas modificadas, el mismo que asciende al monto de US$ 15,926,407.97 (Quince millones novecientos veintiséis mil cuatrocientos siete con 97/100 Dólares Americanos) el cual no incluye IGV.

66. Que con la carta N° 503-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 07 de octubre de 2010, indicó que remitió el procedimiento de trabajos de la tubería forzada -

Pique Inclinado para las obras civiles, alcances de las obras Capítulo 5.0 Tubería Forzada.

67. Que con la carta N° CSM-GyM 380-10-JG de fecha 09 de octubre de 2010, la Supervisión solicitó que el presupuesto remitido por GyM con la carta N° 501-10 GyM S.A 1652/CSM sea presentado conforme a lo estipulado en el artículo 265° del Reglamento (lo cual ya había cumplido con realizar el Contratista) y que se remita el análisis de precios las partidas listadas en su carta CSM-GyM 380-10-JG. Asimismo, alegó que la modificación de los precios de ciertas partidas generó retraso en la presentación ante EGEMSA del expediente a ser elaborado por la Supervisión.

68. Que en atención a las cartas N° CSM-GyM 351-10-HJ y CSM-GyM 380-10-JG, se remitió la carta N° 524-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 11 de octubre de 2010 con la que, entre otros puntos, el Contratista hizo referencia a que lo solicitado respecto del desagregado de las partidas del presupuesto para la ejecución de la Tubería Forzada y el Pique no fue solicitado anteriormente. Por otro lado, dejó constancia que la imputación respecto del retraso de entrega del expediente a ser elevado a EGEMSA por parte de la Supervisión, no le es imputable y que ha obrado de manera diligente a efectos que el presupuesto adicional sea aprobado y que cualquier tipo de demora será responsabilidad de la Supervisión.

69. Que, con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 692 de fecha 11 de octubre de 2010, GyM alega que registró la remisión de la carta N° 501-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 07 de octubre de 2010 que contiene el presupuesto revisado incluyendo los costos de las partidas modificadas, el mismo que asciende al monto de US$ 15'926,407.97 (Quince millones novecientos veintiséis mil cuatrocientos siete con 97/100 Dólares Americanos) el cual no incluye IGV.

70. Que durante la Reunión de obra N° 40 de fecha 12 de octubre de 2010, no habiendo sido aún remitida a GyM, la Supervisión dejó constancia en la minuta que requirió que se dé atención a su carta N° CSM-GyM N° 40I/10-JG.

71. Que siendo las 19:20 horas del día 12 de octubre de 2010, luego de concluida la Reunión N° 39, la Supervisión hizo entrega de la carta N° CSM-GyM N° 401/10-JG, con la que requirió ciertos ajustes en el presupuesto.

72. Que mediante la carta N°533-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 13 de octubre de 2010, se dio atención a la carta N° CSM-GyM 401/10 de fecha 12 de Octubre del 2010 de la Supervisión, se remitió el presupuesto revisado para Ejecución de la Tubería Forzada cuyo monto asciende a la suma de US$ 19'372,518.88 (Diecinueve millones trescientos setenta y dos

mil quinientos dieciocho y 88/100 Dólares Americanos) con IGV, el mismo que recogió las indicaciones formuladas en la referida carta CSM-GyM 104/10, en cuanto a precios unitarios conciliados, metrados de nichos y a previsión de anillos en la tubería.

73. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 733 de fecha 16 de octubre de 2010, GyM dejó constancia que con la carta N° 524-10-GyM S.A.-1652/CSM del 11 de octubre de 2010, se remitió a la Supervisión el nuevo presupuesto de tubería forzada por modificación del diseño contractual, diseñado por el Proyectista de EGEMSA. Asimismo, se dejó constancia que el mencionado presupuesto incluía los metrados y precios unitarios conforme a lo acordado en la Reunión realizada el 05 de octubre 2010 entre la Supervisión, GyM y a los nuevos precios unitarios propuestos por el Proyectista, remitidos con la carta CSM-GyM 351/10 del 28 de setiembre de 2010, y aceptados por GyM.

74. Que finalmente solicitó a la Supervisión la aprobación del presupuesto a la brevedad y su remisión a EGEMSA para que emita la resolución de aprobación correspondiente. Haciendo hincapié en que cualquier retraso por demoras en el trámite de este presupuesto será responsabilidad de la Supervisión en tanto que los retrasos de aprobación, ocasionan que las partidas de la tubería forzada no puedan ser ejecutadas y por consiguiente afectan a la programación de obra.

75. Que con la carta N° CSM-GyM 416/10-JG de fecha 17 de octubre de 2010, la Supervisión dio respuesta a la carta N° 533-10 GyM S.A 1652/CSM de fecha 13de octubre de 2010, indicando lo siguiente:

> ***"En relación al documento de su referencia, les manifestamos que los incrementos de metrados, incluidos al Presupuesto de su carta N° 533/10, (comparado con nuestra carta CSM-GyM 351), carecen de sustento técnico. Diseño del espesor de la tubería, distribución de espesores a lo largo de la misma y anillos, de conformidad con las Bases Integradas debe ser justificado dentro de la ingeniería complementaria y presentado a la Supervisión para su aprobación. Con respecto a los precios unitarios, es correcto que han sido concordados, pero es necesario presentar sus análisis como sustento de la pactación de precios."***

76. Que conforme consta en la minuta de Reunión de obra N° 41 de fecha 19 de octubre de 2010, GyM dejó informado que enviará el acta firmada de conciliación de precios Unitarios para la Tubería Forzada inclinada. Por su parte, la Supervisión requirió que se dé respuesta a su carta CSM-GyM 416/10-JG.

77. Que con la carta N° CSM-GyM 434/10-HJ de fecha 23 de octubre de 2010, la Supervisión dio respuesta a la carta n° 503-10 GyM S.A 1652/csm y emitió sus observaciones al procedimiento de excavación del pique inclinado remitido por GyM.

78. Que mediante la carta N° 566-10-GyM S.A.-1652/CSM del 24 de octubre de 2010, señala que respondió la carta CSM-GyM 416/10-JG remitiendo el presupuesto conciliado de la nueva tubería forzada, indicando además que desde hacía más de 21 (veintiún) días calendario se estaba en proceso de conciliación con la Supervisión, y que solicitó atención y resolución urgente por parte de la Supervisión y EGEMSA, al presupuesto adicional remitido, toda vez que su aprobación se había venido dilatando hasta la fecha y de seguir así podría acarrear consecuencias de impacto en el Cronograma de ejecución contractual, por razones ajenas a la responsabilidad de GyM y que ellas ameritaban los análisis de impacto correspondiente.

79. Que conforme consta en la minuta de Reunión de obra N° 42 de fecha 27 de octubre de 2010, EGEMSA requirió la conciliación de metrados para emitir la resolución del Presupuesto del pique inclinado. De igual manera quedó constancia que se acordó una reunión de conciliación de metrados para el día jueves 28 de octubre a las 16:00 horas.

80. Que durante la Reunión de obra N° 44 llevada a cabo los días 09 y 10 de noviembre de 2010, GyM requirió que se emita la resolución de aprobación del nuevo diseño de la tubería forzada.

81. Que con el Asiento N° 887 de fecha 12 de noviembre de 2010, solicitó a la Supervisión, informe del estado del expediente del Presupuesto Adicional y Deductivo por modificación de la Tubería Forzada.

82. Que durante la Reunión de obra N° 45 llevada a cabo el 16 de noviembre de 2010, GyM reiteró que se emita la resolución de aprobación de la tubería forzada, EGEMSA indicó que se está procesando y se remitirá a la brevedad posible. La Supervisión indicó que la orden de proceder para los trabajos de la tubería forzada fueron dados con su carta CSM-GyM 297/10.

83. Que con el Asiento N° 910 de fecha 16 de noviembre de 2010, la Supervisión, invocando las sub cláusulas 17.2.1 17.2.2 y 17.3.1 del Contrato dio respuesta al Asiento 887 del Contratista y reiteraron que procedieron a dar la orden de proceder para ejecución de los trabajos de la Tubería Forzada; por lo que, GyM no debería estar en espera alguna. Aclara que por supuesto, dichas sub cláusulas no aplican en absoluto ante la necesidad absoluta de contar con la aprobación de la Entidad antes de la ejecución de una variación de obra.

84. Que EGEMSA ya ha rechazado en el presente proyecto el reconocimiento de trabajos efectuados de manera fehaciente por el Contratista, bajo el argumento de que no se contaba con la resolución previa autorizándolos.

85. Que, con el Asiento N° 944 de fecha 23 de noviembre de 2010, dio respuesta al Asiento N° 910 de la Supervisión, indicando que los numerales del Contrato, citados por ésta no eran aplicables por estar en contra de lo dispuesto en el artículo 250° del Reglamento y finalmente reiteró la solicitud de emisión de la resolución correspondiente.

86. Que durante la Reunión de obra N° 46 llevada a cabo el 23 de noviembre de 2010, la Supervisión requirió que GyM remita la información faltante para la conclusión de la elaboración del expediente para Resolución del Pique Inclinado.

87. Que con la carta CSM-GyM 521/10 de fecha 25 de noviembre de 2010, la Supervisión requirió la entrega de los gastos generales fijos y variables del Presupuesto Adicional.

88. Que en respuesta a la carta citada en el numeral precedente, señala que el Contratista emitió la carta N° 708-10-GyM S.A.-1652/CSM del 27 de noviembre de 2010, con la que remitieron el desconsolidado de gastos generales para el adicional de la tubería forzada, indicando que la información remitida fue conciliada oportunamente con la Supervisión.

89. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 973 de fecha 27 de noviembre de 2010, GyM registró la remisión de la carta N° 708-10-GyM S.A.-1652/CSM del 27 de noviembre de 2010.

90. Que GyM sostiene que ante lo indicado por ella, en su Asiento N° 973, la Supervisión con la anotación del Asiento 983, alegó erróneamente que los numerales del contrato citados en su Asiento de Cuaderno de Obra 910 fueron conocidos, aceptados y consentidos por ella y desconocerlos "ahora" no procede.

91. Que mediante la carta N° G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, expresa que EGEMSA remitió el Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, con el que se aprueba el Presupuesto Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu correspondiente a la modificación del proyecto en cuanto a los trabajos de la Tubería Forzada.

92. Que con el Asiento N°1061 de fecha 17 de diciembre de 2010, hizo acuse de recibo del Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, correspondiente a la Tubería Forzada, indicando que se

procederá con el análisis del impacto de la misma, tanto en costos como en plazo.

93. Que frente a lo indicado por la Supervisión en su Asiento N°983, GyM señala que respondió textualmente lo siguiente:

> ***"(...) Se hace recuerdo a la Supervisión que conforme al ordenamiento legal peruano que rige los contratos tanto privados como públicos, cualquier pacto en contra de la ley es nulo, por lo tanto inexistente y en tal sentido nos ratificamos en lo establecido en nuestro Asiento 944. En tal sentido, es oportuno mencionar que la Supervisión, no tiene potestades para calificar lo que debe incluir el Cuaderno de obra, debiendo ceñir sus actividades, comunicaciones y potestades a lo que la Ley y el Reglamento de contrataciones y adquisiciones les permite, es así que al amparo de las normas referidas, damos por no anotados los Asientos N° 377, 403, 405, 408, 724, 725, 977, 985, 989, 1031 y todos aquellos de similar tenor anotados por LA SUPERVISIÓN.(...)"***

94. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N°1094 de fecha 20 de noviembre de 2010, dejó constancia de que luego de evaluado el impacto del Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, correspondiente a la modificación del diseño contractual de la Tubería Forzada, se ha determinado la existencia de una causal de ampliación de plazo, por lo que al amparo de las normas de contratación aplicables al contrato, ésta sería elaborada y presentada dentro del plazo otorgado por éstas.

95. Que la correspondiente solicitud de Ampliación de Plazo (N° 8) fue presentada por GyM S.A. mediante la Carta N° 835-10-GyM S.A.-1652/CSM., que contenía el expediente completo con el sustento de sus peticiones.

96. Que EGEMSA, mediante la Resolución de Gerencia General G-01-2011 de fecha 6 de enero de 2011 rechazó sin sustento válido sus solicitudes, lo que motivó este arbitraje (en el extremo de la Primera Pretensión Principal y de su Pretensión Accesoria).

97. Que en dicha resolución EGEMSA acogió los criterios de su representante en obra, es decir la Supervisión, quien a su vez es el Proyectista de obra.

98. Que asimismo, argumenta que esto determina, que cualquier reconocimiento de la Supervisión a favor del justo reclamo del Contratista

implicará que la Supervisión (además de EGEMSA) asuma responsabilidad por la deficiencia del Expediente Técnico del Proyecto.

99. Que GyM alega, que así se tiene que en la Resolución de Gerencia General G-01-2011, ante la ausencia de toda razón firme para rechazar la solidez de su reclamo, EGEMSA y la Supervisión han debido articular de manera artificial sobre una supuesta extemporaneidad en la presentación de su solicitud de ampliación de plazo, a pesar de ser evidente, conforme a la ley aplicable, que el término de la causal sólo pudo ocurrir con la aprobación por EGEMSA del Adicional y Deductivo N° 3.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1. Que GyM detalla el marco contractual y legal que ampara su demanda.

2. Que en el Decreto Supremo N° 83-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante el TUO, se señala lo siguiente:

> ***"Artículo N° 06: Expediente***
>
> ***La Entidad llevará un expediente de todas las actuaciones del proceso de contratación o adquisición desde la decisión para adquirir o contratar hasta la culminación del contrato.***
>
> ***Para el caso de ejecución de obras, la Entidad deberá contar además, previa a la convocatoria del proceso de selección correspondiente, con el Expediente Técnico; el mismo que debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento, debiendo la Entidad cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras."***
>
> ***"Artículo N° 12: Características de los bienes, servicios y obras a adquirir o contratar***
>
> ***Sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria, la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad definirá con precisión la cantidad y las características de los bienes, servicios y obras que se van a adquirir o contratar, los cuales***

deberán cumplir obligatoriamente con las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias nacionales si las hubiere.

Para tal efecto, antes de iniciar los procesos de adquisición o contratación coordinará con las dependencias de las cuales provienen los requerimientos y efectuará estudios o indagaciones aleatorias de las posibilidades que ofrece el mercado, según corresponda a la complejidad de la adquisición o contratación, de modo que cuente con la información para la descripción y especificaciones de los bienes, servicios u obras y para definir los valores referenciales de adquisición o contratación. Los valores referenciales no podrán ser superiores a los valores de mercado, salvo informe técnico de la Entidad emitido bajo responsabilidad.

En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indagaciones.

En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra. (...)."

"Artículo N° 25: Condiciones Mínimas de las Bases

Las Bases de una Licitación o Concurso Público serán aprobadas por el Titular del Pliego que lo convoca o por el funcionario designado por este último o por el Directorio en el caso de las empresas del Estado y deben contener obligatoriamente cuando menos, lo siguiente:

(...)

b) El detalle de las características de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico."

"Artículo N° 42: Adicionales, Reducciones y Ampliaciones

El Contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual."

3. Que en el Decreto Supremo 84-2004-PCM, mediante el cual se aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se establece lo siguiente:

"Artículo 28: Competencia para Establecer Características Técnicas

Efectuado el requerimiento por el área usuaria, la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, en coordinación con aquella, definirá con precisión las características, la cantidad de los bienes, servicios u obras, para cuyo efecto se realizará los estudios de mercado o indagaciones según corresponda."

"Artículo 29: Características Técnicas

Las características técnicas deben incidir sobre los objetivos, funciones y operatividad de los bienes, servicios y ejecución de obras requeridos.

Las características técnicas deberán sujetarse a criterios de razonabilidad y objetivos congruentes con el bien, servicio u obra requerido con su costo o precio.

Los requerimientos sobre características técnicas de los bienes, servicios y ejecución de obras tendrán en cuenta las condiciones de mercado."

"Artículo 210: Fallas o defectos percibidos por el Contratista

El Contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la

suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el Contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el Contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones."

"Artículo 211: Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del Contratista."

"Artículo 250: Funciones del Inspector o Supervisor

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el Contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el Contratista según lo previsto en el Artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su

juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El Contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con ésta."

"Artículo 258: Causales

De conformidad con el Artículo 42 de la Ley, el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;

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

Caso fortuito o fuerzas mayores debidamente comprobadas."

"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."

"Artículo 260: Efectos de la Modificación del Plazo Contractual

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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados."

"Artículo N° 261: Cálculos de Mayores Gastos Generales

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."

4. Que en la Directiva N° 01-2007-CG/OEA "Autorización previa para la Ejecución y al Pago de Presupuestos Adicionales de Obra", se señala lo siguiente:

"Ítem II: Finalidad

Contar con normas y criterios que permitan dotar de celeridad, eficacia y transparencia al procedimiento de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de Obra.

Ítem V: Disposiciones Generales
Prestación adicional de obra

Para los fines del control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original.

Los trabajos complementarios y/o mayores metrados que no poseen las condiciones antes citadas, necesariamente deberán ser materia de nuevos contratos mediante los procedimientos establecidos en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, leyes presupuéstales y demás normas complementarias de acuerdo a su monto, incurriendo en responsabilidad quien disponga o autorice su ejecución de otro modo.

Presupuesto adicional de obra

Es el mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra.

Formulación del presupuesto adicional de obra

Los presupuestos adicionales de obra deberán formularse independientemente de las reducciones y/o supresiones de costos que apruebe la Entidad para la misma ejecución de obra, aunque ambos se encuentren vinculados.

4. Causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra

Procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza

mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.

Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra.

Ítem VI: Disposiciones Específicas

23. Responsabilidades

El incumplimiento de lo establecido en la presente normativa dará lugar a las responsabilidades que corresponda en los casos siguientes:

23.1 Responsabilidad funcional por omisiones, errores, deficiencias en el expediente técnico de obra

a) Los errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra, que originen mayores costos a las obras derivan en responsabilidad administrativa, civil y/o penal, según el caso, para aquellos que hayan formulado y/o aprobado el expediente técnica contractual en tales condiciones.

b) En el caso de identificarse supuestos que conlleven responsabilidad administrativa, civil y/o penal, la Entidad iniciará las acciones administrativas o judiciales correspondientes contra los causantes del perjuicio económico y/o delito generado como consecuencia del presupuesto adicional aprobado por la Entidad.

Ítem VIII: Disposición Complementaria Final
ÚNICA: Presupuestos adicionales de obra menores al 10%

En los casos de presupuestos adicionales de obra que no superen el 10%, establecido como monto requerido para solicitar a la CGR autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, luego de aplicar el numeral 5 de la presente Directiva; las Entidades ejecutoras de obras, cuando aprueban y los Órganos del Sistema Nacional de Control cuando realizan el control posterior de dichos presupuestos adicionales, deberán utilizar los criterios técnicos,

legales y presupuestarios contenidos en la presente Directiva; para tal efecto la Entidad presentará al OCI las resoluciones aprobatorias del presupuesto adicional y del presupuesto deductivo, de ser el caso.

El OCI programará y ejecutará la verificación selectiva de esta documentación, informando semestralmente a la CGR sobre los resultados de la misma. El referido informe contendrá la cantidad y descripción breve de todos los nuevos presupuestos adicionales de obras presentados, especificando los casos que hubiere verificado y las recomendaciones efectuadas en cada uno de ellos."

5. Que en el Contrato se señaló lo siguiente:

"Cláusula Segunda: Definiciones

Obra Adicional
Obra no considerada en el Expediente Técnico de la licitación ni en el Presupuesto Contratado, pero que es necesaria y/o indispensable para la terminación de la Obra principal, y que da lugar a presupuesto adicional, de acuerdo con la LCAE y el RECAE.

Expediente Técnico de Obra
El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance valorizado.

Modificación y/o Ampliación
Se refiere a todo cambio en la forma, y/o tamaño, y/o estructura de cualquier parte de la obra, las que para ser reconocidos requerirán aprobación formal de EGEMSA mediante la documentación formal correspondiente, establecida en el LCAE y el RECAE.

Plazo de Ejecución Contractual
Es el plazo que se inicia al cumplimiento de las condiciones establecidas en el RECAE y el Contrato, culminando con el consentimiento de la liquidación de obra.

Prestación
La ejecución de la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación o adquisición se regula en la Ley y el Reglamento.

Supervisión
Representante de EGEMSA encargado de LA SUPERVISIÓN de las obras civiles y electromecánicas del proyecto "Segunda Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica Machupicchu."

"Cláusula Cuarta: Régimen Legal

Numeral 4.1

En Primer lugar, por aquellas disposiciones de carácter imperativo contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCMy, sus modificatorias y ampliatorias, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y sus modificatorias y ampliatorias, en adelante el Reglamento, y demás normas complementarias, las normas legales emitidas por CONSUCODE, Directivas de FONAFE, y en general aquellas normas legales y normas técnicas internacionales que por su contenido resultan aplicables a la relación contractual que se constituye por el presente documento. Los preceptos imperativos y pertinentes de todas esas normas, serán de aplicación ineludible y preferente incluso si discrepan del tenor del presente contrato.

Numeral 4.3

En tercer lugar, las disposiciones supletorias pertinentes del código Civil Peruano y demás leyes generales del Perú."

"Cláusula Sexta - Obligaciones del Contratista

Numeral 6.9

Cumplir con las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes, especialmente en cuanto se refiere a preservación del medio ambiente y no afectación directa

de restos arqueológicos previamente identificados en la zona de ejecución de LA OBRA, medidas de seguridad y precaución en salvaguarda de la vida y salud de los trabajadores y terceros, siendo de exclusiva responsabilidad de EL CONTRATISTA los daños y perjuicios que, por su culpa y/o negligencia, se ocasione a terceras personas o propiedades de terceros con motivo de LA OBRA."

"Cláusula Décimo Séptima: Plazos y sus Ampliaciones

Numeral 17.1. Calendario de Avance de Obra - Sub Numeral 17.1.10

EL CONTRATISTA tendrá derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originaran atrasos efectivos en la ejecución de las obras.

Numeral 17.3. Obras Adicionales - Sub Numeral 17.3.1

LA SUPERVISIÓN podrá ordenar a EL CONTRATISTA, además de lo contratado, otras obras y trabajos que éste pueda ejecutar con su equipo y personal y relacionados con los requerimientos generales de LA OBRA, queda expresamente entendido que las modificaciones de trabajo, en ningún caso podrán considerarse como "Obras Adicionales". Cada obra adicional será encomendada al CONTRATISTA con autorización expresa de EGEMSA y con "Orden de Proceder " de LA SUPERVISIÓN.

Sub Numeral 17.3.2

La Orden de Proceder para obras adicionales adjuntará las especificaciones de los trabajos a ejecutar, indicando su fecha de terminación, así como sus precios y forma de medición y pago.

Numeral 17.4. Prórrogas - Sub Numeral 17.4.1

El Cronograma de Avance de obra no podrá ser modificado sino mediante resolución de EGEMSA, ante la solicitud del Contratista de modificar dicho programa, previa evaluación y recomendación por LA

SUPERVISIÓN, de acuerdo con el artículo 42 de la LCAE y los artículos 258, 259 y 260 del RECAE."

6. Que en las Bases Integradas de la Licitación Pública LP-01-2008, se consignó lo siguiente:

"Numeral 10. Ampliaciones de Plazo

El Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

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

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

- ***Caso fortuito o fuerzas mayores debidamente comprobadas.***

Para que proceda una ampliación de plazo, deberá observarse el procedimiento y plazos regulados en el Reglamento.

La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del Calendario de Avance de Obra.

Numeral 11. Efectos de la Ampliación de Plazo

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. Serán de aplicación las disposiciones del Reglamento.

En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra, por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

Alcance de las obras

5.0 TUBERÍA FORZADA

5.1 Marco Geológico

La proyección de la tubería forzada a partir del desvío o partidor en la Cámara de Carga es de 190 m, con una flexión a 30 m del inicio y llega al pique y cae hacia la Casa de Máquinas, siguiendo una dirección N 40° E.

Los aspectos geomorfológicos en la superficie donde se apoyaría la tubería forzada se caracterizan por presentar un relieve de ladera sobre afloramiento de roca de tipo intrusivo, con pendientes promedio de 30° a 45° y mas, hacia el oeste se presenta un relieve escarpado con formas de paredes verticales a sub verticales, controlado por condiciones estructurales, como fallas y fisuras.

Las observaciones geológicas se caracterizan por presentar una litología de roca granodiorita, de color gris claro, textura granular gruesa a microgranular, estando intuida por diques de tipo microdiorita con venillas de cuarzo y sectores de milonitas con meteorización de la granodiorita.

Las condiciones estructurales se caracterizan por presentar un sistema de fallas sub paralelas, inactivas, con dirección predominante NW y buzamiento de 30° a 60° hacia el NE, estando casi en forma perpendicular al alineamiento de la Tubería Forzada.

La presencia de sectores escarpados son indicios de debilidad de la roca, suponiendo presencia de fallas geológicas erosionadas, considerando un riesgo la proyección de obras civiles, siendo preferible evitar estos sitios considerados como vulnerables.

EMTFEG-1 Tramo altura del pique proyectado y los sistemas son:

1.- 63/014
2.- 60/249
3.- 38/075
4.- 24/307

EMTFEG-2 Tramo que continua hacia arriba frente al pique y tubería forzada en operación y los sistemas de fisuras son:

1.- 40/060
2.- 74/260
3.- 19/180
4.- 70/306

EMTFEG-3 Tramo que continua hacia arriba a la altura de la tubería forzada en operación y los sistemas de fisuras son:

1.-40/060
2.-74/260
3.-19/180
4.-70/306

EMTFEG-4 Tramo que continua hacia arriba a la altura de la cámara de carga y los sistemas de fisuras son:

1.-71/073
2.-25/347
3.-83/305
4.-51/265

Las condiciones de la roca son favorables, tomando como referencia los resultados obtenidos de la perforación diamantina, pero debe evitarse proyectar obra civiles e hidráulicas en trazos de fallas geológicas."

7. Que GyM alega que conforme a lo establecido en las normas de contratación pública es que procedió a presentar su solicitud de Ampliación de Plazo N° 8, y ahora esta demanda, por la causal de atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante estipulada tanto en el artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como en el numeral 2) del artículo 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado .

8. Que la presente causal se encuentra sustentada en expedición de un adicional causado por la detección de defectos en el proyecto en tanto que se definió como punto de anclaje de la tubería forzada una zona en el que existe una falla geológica, que pese a haber sido detectada por el Proyectista, fue subestimada por éste y EGEMSA al momento de decidir hacer suyo el proyecto y licitarlo públicamente.

9. Que, ante este hallazgo, afirma que al amparo del artículo 210 del Reglamento, informó a la Supervisión y a EGEMSA con la anotación del Asiento N° 168 de fecha 22 de enero de 2010.

10. Que, indica que dada la evaluación de las implicancias de la ejecución del proyecto conforme a los términos del Contrato y en función a las especificaciones técnicas de sus bases y el expediente técnico es que con ayuda y cooperación constante de GyM, tanto el Proyectista (a través de su experto, Ing. Bemhard Stabel) como la Supervisión y EGEMSA, proceden con la revisión y análisis del proyecto, decidiendo modificarlo y requerir a GyM, la remisión de un presupuesto adicional.

11. Que, manifiesta que es así que luego de once meses se aprueba el presupuesto adicional N° 03 y el deductivo N° 03, mediante Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, notificado con carta N° G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, hecho con el que se da por concluida la causal de Ampliación de plazo.

12. Que en consecuencia, la octava solicitud de Ampliación de Plazo de GyM y esta demanda se han generado por el retraso en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA en vista que la aprobación, licitación pública, otorgamiento de buena pro y suscripción de un contrato de ejecución de obra pública que contiene errores, como la definición del punto de anclaje de la tubería forzada sobre una falla geológica generó consigo la imposibilidad de ejecución de los trabajos relativos a la Tubería Forzada y el Pique conforme a lo programado en el Cronograma de ejecución de obra aprobado al 19 de enero de 2010.

13. Que conforme al TUO (en sus artículos 6°, 12° y 25°) y el Reglamento (en sus artículos 28° y 29°) EGEMSA es responsable de cautelar la adecuada formulación del expediente técnico *"al fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras"*.

14. Que EGEMSA a través de su área usuaria o su dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones y en coordinación con ella, debió -además de definir con precisión los objetivos y funciones de la obra-, verificar la operatividad y viabilidad de la misma empleando un criterio de

razonabilidad y diligencia que no se puede apreciar en la aprobación de un diseño que pese a saber que proyectaba obras de vital importancia sobre una zona fallas geológicas, decide aprobarlo y licitarlo públicamente.

15. Que conforme al artículo 12° del TUO, EGEMSA debió (teniendo en cuenta la complejidad de obra) ordenar la elaboración de estudios completos y suficientes que permitan contar con la información necesaria para la ejecución de la obra, sobre todo atendiendo lo que textualmente indica el tercer y cuarto párrafo del artículo 12°:

> ***"En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indicaciones. En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra (...)".***

16. Que este último texto coincide en espíritu con lo estipulado en el artículo 25| del TUO, y que en el caso de la Licitación que originó la suscripción del Contrato no se ha cumplido, en tanto que el terreno sobre el cual GyM debía construir la tubería forzada no se encontró disponible, ya que muestra la existencia de fallas geológicas y estructurales de tal dimensión que impidió la ejecución de los trabajos contractualmente pactados.

17. Que conforme a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento, EGEMSA es responsable de los estudios, informes o similares que integran las Especificaciones Técnicas del Proyecto.

18. Que la causal anteriormente descrita se encuentra estipulada tanto en las Bases, como en el Contrato, el TUO y el Reglamento, según cada una de las partes pertinentes citadas textualmente en el acápite denominado Marco Legal y Contractual.

19. Que es así que en las Bases, el punto 10, se describen las causales bajo las cuales es procedente una ampliación de plazo, entre las cuales se encuentra claramente establecido que el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo, siempre que el calendario de avance de obra vigente sufra atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones (en su caso) por causas atribuibles a la Entidad, para cuyo reclamo se deberá observar el procedimiento y plazos regulados en el Reglamento.

20. Que el punto 11 de las Bases que regula los efectos de la ampliación del plazo contractual, establece que uno de los efectos es el pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario.

21. Que el Contrato, en el numeral 17.1.10 de la Cláusula Décimo Séptima, estipula que el contratista tiene derecho a prórrogas de plazos contractuales cuando el calendario de avance de obra se afecta por razones no atribuibles a él que generen atrasos efectivos en la ejecución de la obra, estableciendo también en el numeral 17.4.1 que el Cronograma de Avance de Obra no podrá ser modificado sino mediante resolución de EGEMSA, ante la solicitud del contratista, previa evaluación de la Supervisión según lo establecido en el artículo 42° del TUO y los artículos 258°, 259° y 260° del Reglamento.

22. Que se puede apreciar que al igual que las Bases Integradas, el Contrato, reconoce el derecho del Contratista al otorgamiento de ampliaciones de plazo.

23. Que en lo que al TUO, el artículo 42° regula el derecho del contratista a solicitar ampliaciones de plazo en tres situaciones distintas, entre las cuales se encuentra el atraso en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad contratante.

24. Que, al igual que el artículo 42° del TUO, el Reglamento en el artículo 258° en el numeral 2) regula expresamente como causal de ampliación de plazo los atrasos generados en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

25. Que con la carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009, GyM comunicó a la Supervisión que luego de las labores de replanteo conjunto, se ha determinado que la ubicación del bloque de anclaje y pique vertical se encuentra sobre una falla geológica, por lo que se remiten planos topográficos con la identificación del bloque de Anclaje G y Pique Vertical, planos topográficos con ubicación de fallas, replanteo del punto notable pique vertical y ubicación del bloque de anclaje, además de fotografías de la zona en dónde se muestra las condiciones geográficas y vistas de la falla.

26. Que mediante la carta N° CSM- GyM 055/09-CR de fecha 12 de diciembre de 2009, la Supervisión dio respuesta a la carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM, indicando que luego de coordinar con el Proyectista, éste manifestó que la zona de la tubería forzada efectivamente fueron identificadas varias fallas que cruzan el trazo de la misma.

27. Que estas fallas fueron detectadas, reportadas y evaluadas en el proceso del Estudio según el Anexo 6.5 Estaciones Microtectónicas y registro de Fracturas; por lo que, indicó que si el contratista considera que puede existir algún problema con ello, agradecerá la remisión de la información técnica al respecto si es que considera que esta falla sea activa o en que magnitud su ubicación afectará la estructura planteada, teniéndose en

cuenta que muchas de ellas sólo pueden cortar diagonalmente la posición del pique.

28. Que con la carta N° 112-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 15 de diciembre de 2010, GyM dio respuesta a la carta CSM-GyM 055/09-CR indicando que dentro de la descripción del marco geológico de la Tubería Forzada según el numeral 5.1 de la Sección Alcance de las Obras de las Bases se muestra un análisis geomorfológico en la Superficie en general dónde se apoyará la tubería forzada, con una litografía de roca granodiorita y las condiciones estructurales representan un sistema de fallas sub paralelas "Inactivas".

29. Que por otra parte, se dejó constancia que la presencia de sectores escarpados son indicios de debilidad de la roca, suponiendo ello, la presencia de fallas geológicas erosionadas, por lo que se considera un riesgo la proyección sobre ellas de las obras civiles, toda vez que es preferible evitar estos sitios considerados vulnerables.

30. Que el numeral 5.1 menciona que las condiciones de roca son favorables tomando como referencia los resultados obtenidos de la perforación diamantina, no obstante ello, se dejó constancia que el contratista no tiene conocimiento de qué lugares fueron tomadas las muestras diamantinas referidas en el numeral 5.1, por lo que reitera que debe evitarse proyectar la obra civil e hidráulica en trazos de falla geológica.

31. Que finalmente, GyM indica que dejó constancia que cumplió con sus obligaciones de advertir posibles futuras consecuencias no deseadas, por lo que, tomó nota de la respuesta de la Supervisión para la ubicación del bloque de anclaje G-3 en su carta CSM-GyM 055/09-CR, reiterando que dejó constancia de sus observaciones y apreciaciones. Indicando también que se han detectado también la presencia de planos de falla en el ingreso de la casa de máquinas en el Nivel 1707.65.

32. Que en respuesta a su oportuna comunicación, la Supervisión le comunicó mediante la carta N° CSM-GyM 063/09 de fecha 18 de diciembre de 2009, la remisión de una serie de estudios, como modelos geológicos en 3D de la zona del pique, desarrollo del modelo de condiciones estructurales del macizo rocoso para el pique con el software DIPS, entre otros.

33. Que en vista de éste requerimiento con Asiento de Cuaderno de Obra N° 128 de fecha 19 de diciembre de 2009, GyM dio respuesta a la carta CSM-GyM 063/09 de la Supervisión, indicando que consideraba inaceptable su solicitud, por cuanto el alcance de los estudios adicionales requeridos corresponden claramente no solo a una ingeniería de detalle, sino también a estudios propios de la ingeniería de diseño, ninguna de las cuales forman parte de las obligaciones contractuales de GyM.

34. Que asimismo, las obligaciones para las obras civiles, contemplan únicamente ingeniería complementaria para aquellas partidas plenamente identificadas en el Contrato, por lo que con la entrega de los documentos remitidos mediante la carta N° 094-09-GyM S.A-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009, GyM había cumplido éstas obligaciones contractuales.

35. Que así, dejó constancia que asumió que la información remitida por la Supervisión mediante la carta CSM-GyM 055/09 respecto de la zona de la tubería forzada y del "G-3" del anexo 5-5.1, que muestran que las fallas son inactivas, es cierta y que ello significa que el proyecto está debidamente conceptuado; y que por lo tanto, su apreciación queda superada por lo indicado en la referida carta.

36. Que GyM señala que frente a su respuesta, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 132 de fecha 22 de diciembre de 2009 y con carta N° CSM-GyM 078/10-HJ de fecha 08 de enero de 2010, reiteró que los estudios requeridos forman parte de la ingeniería complementaria concerniente al Pique Vertical; y que por lo tanto, es obligación del Contratista dar cumplimiento a la remisión de los estudios solicitados por la Supervisión y el Proyectista quien justifica que su requerimiento obedece a una comunicación del Contratista.

37. Que pese a no formar parte de sus obligaciones y en el marco de un espíritu de cooperación, el contratista decidió reunirse con la Supervisión el 16 de enero de 2010 a efectos de ponerse a su disposición y contribuir con la elaboración de los estudios requeridos por ésta y el Proyectista; por lo que, con la carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM de fecha 20 de enero de 2010, dejó constancia de los acuerdos arribados en la referida reunión de manera tal que la información recabada sirva de apoyo a la Supervisión en la elaboración del Modelo Estructural que defina las condiciones del macizo cuya información será analizada por el experto del Proyectista para la definición del Pique Vertical en el mes de febrero.

38. Que pese a la buena voluntad del Contratista y ante la insistencia de la Supervisión respecto a la pretendida existencia de una obligación contractual de presentar y costear los estudios requeridos por el Proyectista y la Supervisión, es que con Asiento N° 168 de fecha 22 de enero de 2010, GyM, dejó constancia que conforme a lo dispuesto en el contrato y el artículo 210 del Reglamento aplicable al mismo, es su obligación comunicar de manera inmediata las fallas o defectos que se adviertan luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación que obre en éste, motivo por el cual presentó la carta N° 094-09-GyM SA-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009 y la carta N° 112-09-GyM SA-1652/CSM de fecha 15 de diciembre de 2009, con las que se hizo conocimiento de la Supervisión de la existencia de una falla

geológica sobre la cual se encuentran ubicadas el bloque de anclaje y el pique vertical, advirtiendo las posibles consecuencias de ello.

39. Que de acuerdo al Contrato, se tiene la obligación de efectuar la ingeniería complementaria de la obras civiles según las partidas 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 12, 15, y 16 del presupuesto de obras civiles; ingeniería complementaria que no puede ser atendida hasta que previamente se haya hecho entrega de la ingeniería básica, la cual debe contar con los estudios previos necesarios para su desarrollo (como los requeridos por la Supervisión con su carta CSM-GyM 063/09 de fecha 18 de diciembre de 2009), los cuales de acuerdo a las estipulaciones contractuales no son responsabilidad del GyM, sino del Proyectista.

40. Que se dejó constancia que pese a lo acordado en la Reunión de fecha 16 de enero de 2010 (cuyo tenor quedara transcrito en la carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM), la Supervisión remitió su carta N° CSM-GyM 078/10-HJ con la que requirió *"tomar nota de la necesidad de dar cumplimiento" de una serie de actividades equivocadamente denominadas por la supervisión como "ingeniería complementaria del pique vertical"*, por lo que se indica que es evidente que las actividades enumeradas en la referida carta de la Supervisión, a todas luces exceden los alcances de las obligaciones del Contratista, no solo contractuales sino que también exceden a lo acordado de buena fe y voluntad en la referida Reunión del pasado 16 de enero de 2010.

41. Que GyM argumenta que manifestó su desacuerdo respecto a lo solicitado por la Supervisión tanto en el Asiento N° 132 del Cuaderno de Obra, como en las cartas CSM-GyM 063/0 y CSM-GyM 078/10-HJ, y reiteró que quedaba a la espera de la pronta remisión de los documentos necesarios para dar cumplimiento a sus obligaciones de elaborar la ingeniería complementaria según los términos contractuales, no obstante ello actuando de manera diligente y sin perder el espíritu de apoyo y cooperación con la Supervisión, en los términos descritos en el Asiento N° 168 del Contratista dejó constancia de lo acordado en la Reunión de fecha 16 de enero de 2010.

42. Que después de más de un mes de asentada la anotación N° 168 de GyM y de remitida la carta N° 027-10 GyM S.A. 1652/CSM de fecha 20 de enero de 2010, la Supervisión, informó mediante la carta N° CSM-GyM 107/10 de fecha 13 de marzo de 2010, que el experto en Mecánica de Rocas del Proyectista. Ing. Bemhard Stabel estaría disponible para efectuar una visita de campo a la casa de máquinas, zona del pique vertical, cámara de carga entre otros, desde el 21 de marzo de 2010.

43. Que con fecha 25 de marzo de 2010, los representantes de GyM y la Supervisión, acompañaron la visita técnica realizada por el especialista del

Proyectista, Ing. Bernhard Stabel a obra, cuyos detalles fueran resumidos por GyM con la remisión de su informe mensual de obra del mes de marzo de 2010.

44. Que mediante la carta N° 134/10 JG de fecha 19 de abril de 2010, la Supervisión emitió sus observaciones al informe mensual de marzo 2010, indicando lo siguiente en el último párrafo:

> ***"(...) No se concluyo que el pique está ubicado en una zona de falla sino se concluyo que no se puede establecer si el pique se encuentra en una zona de falla antes de construir un camino de acceso hasta el punto G, limpiar la zona mencionada hasta el superficie de macizo rocoso y hacer trabajos de investigación. Por lo tanto, según los requerimientos de diseño contratado que requieren este acceso para los propósitos constructivos, como también para los propósitos de elaborar eventual ingeniería complementario, se requiere de Contratista hacer un camino de acceso hasta el punto G a la brevedad posible, para que la Supervisión y su especialista mencionado pueden, junto con el Contratista, acceder a esta zona y determinar los trabajos de investigación necesarios."***

45. Que nuevamente, en atención a los requerimientos de apoyo de la Supervisión y GyM, en la Minuta de Reunión de Obra N° 22 de fecha 31 de mayo de 2010, GyM indicó que el acceso al punto "G" estaría concluido para el día 5 de junio, para efectos de realizar su inspección a fin de definir la ubicación del Pique Vertical.

46. Que de igual manera, se manifiesta que la ubicación de la tubería forzada conforme al proyecto significaría un volumen de excavación superior al estimado por el Proyectista.

47. Que, conforme a lo ofrecido, indica que con el Asiento N° 296 de fecha 05 de junio de 2010, GyM comunicó que con fecha 02 de Junio de 2010, se terminaron los trabajos de desbroce y acceso al Bloque G de la tubería forzada proyectada solicitados el 25 de Marzo 2010, durante la visita técnica que se realizó con la Supervisión para corroborar que el Pique se encuentra en una zona de falla; por lo que, se dejó constancia que la Supervisión ya tenía a su disposición el acceso al bloque G de la tubería forzada, a fin de que con ayuda de su especialista, pudieran inspeccionar el área y se pronuncien a la brevedad posible, respecto a la reubicación del pique de la tubería forzada o si se mantiene el diseño original del proyecto.

48. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 23 de fecha 10 de junio de 2010, se planificó una inspección a la zona del pique para el día

11 de junio de 2010, así también la Supervisión manifestó que se comunicaría con su especialista Bemhard Stabel a fin que viaje a obra.

49. Que a la problemática del anclaje de la Tubería Forzada y el Pique Vertical, conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 24 de fecha 22 de junio de 2010, se suma la existencia de una deficiencia en el cálculo de los volúmenes de excavación y sus consecuencias, situación adicional que fuera explicada por el Contratista en la referida reunión, ofreciéndose, sin ser su obligación a presentar formalmente una serie de alternativas de solución a la brevedad posible.

50. Que conforme a este ofrecimiento, se remitió la carta N° 185-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 28 de junio de 2010, haciendo hincapié en lo siguiente:

> ***"(...) Con nuestra Carta N° 153-10-GyM S.A-1652/CSM en el numeral 1, ya establecimos un comentario preliminar respecto de los volúmenes de excavación y por sobre todo del gran problema que se avecina, que es la eliminación del material producto de la excavación en superficie para la tubería forzada. Debemos manifestar que contractualmente no existe Precio Unitario para la eliminación del material producto de esta excavación o denominado "desmonte", motivo por el cual la Supervisión deberá elaborar el correspondiente expediente de adicional para que posteriormente sea aprobado por EGEMSA, todo ello con la finalidad de evitar que el material producto de la excavación provoque Impacto ambiental alguno en el santuario de Machupicchu. Por todo lo expuesto en la presente y nuestra carta de la referencia, solicitamos considerar nuestras propuestas que contribuyen a la búsqueda de soluciones técnicas - económicas y medio ambientales; en beneficio del proyecto (...)".***

51. Que conforme consta en la Minuta de Reunión de Obra N° 25 de fecha 29 de junio de 2010, se definieron los puntos a tratar sobre la problemática del Pique Vertical; por lo que, se acordó sostener una reunión especial la participación de la Supervisión, GyM y el Ing. Stabel en su calidad de experto del Proyectista, a fin que explique las conclusiones a las cuales llegó luego de sus evaluaciones como resultado de su vista en el mes de marzo de 2010.

52. Que por otro lado, a efectos de dar solución al problema del volumen de excavación y la falta de partida de eliminación de desmonte en las labores

de excavación de la superficie de la tubería forzada, la Supervisión solicitó que GyM remita un esquema de un túnel inclinado, sugerido por éste.

53. Que conforme a la Minuta de Reunión de Obra N° 26 de fecha 06 de julio de 2010, se dejó constancia que para considerar el cambio a pique inclinado, se requiere de un análisis económico y será tratado lo antes posible para dar una pronta solución conjunta, en tanto que se considera que la sugerencia de el contratista del pique inclinado es muy razonable.

54. Que sin perjuicio de ello y en vista que existen trabajos contractuales relacionados a la tubería forzada que no se ven comprometidos dentro del análisis técnico que la Supervisión y el Proyectista venían efectuando, es que con Asiento de Cuaderno de Obra N° 353 de fecha 06 de julio de 2010, GyM solicitó a la Supervisión que lleve a cabo todas las coordinaciones que sean pertinentes con EGEMSA para fin que le sean remitidos los permisos y/o autorizaciones de las autoridades y organismos competentes (SERNANP, INC y otros) necesarios y suficientes para la ejecución de los trabajos contractualmente pactados.

55. Que en respuesta, la Supervisión anotó el Asiento N° 357 de fecha 08 de julio de 2010, indicando lo siguiente:

> ***"(...). Respecto al Asiento N° 353, les manifestamos que en reunión conjunta EGEMSA, el Contratista y Supervisión el día 06/07/10 se acordó evaluar la alternativa de construir un conducto forzado Inclinado, desde casa de máquinas hasta cámara de carga, fijando para el día lunes 12 de julio la evaluación y definición final (...)."***

56. Que dada esta instrucción, queda claro que no procedía la ejecución de los trabajos referidos en el primer párrafo de éste numeral.

57. Que un mes más tarde, mediante la carta N° 247/10 de fecha 07 de agosto de 2010, la Supervisión remitió la revisión del Diseño de Tubería Forzada-Pique, solicitando formalmente la presentación del presupuesto adicional para la ejecución de las obras a consecuencia de la modificación del diseño contractual de la tubería forzada-pique, a fin que se proceda a la conciliación de precios, se presente el correspondiente ante EGEMSA y ésta proceda con su aprobación mediante resolución.

58. Que ante ello, mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 448 de fecha 08 de agosto de 2010, GyM hizo acuse de recibo la carta CSM-GyM 247/10 de la Supervisión con la cual les remitieron la instrucción para la ejecución de la tubería forzada y del pique vertical según modificaciones de diseño desarrolladas por el Proyectista, adjuntando dos planos en copia física,

para el correspondiente análisis de afectación en costos y plazos, para cuyo efecto el Contratista solicitó que se le remita los archivos de los planos remitidos en copia digital (formato Autocad).

59. Que así también indicaron que se remitiría oportunamente el resultado del análisis de los documentos enviados.

60. Que mediante la carta N° 303-10 GyM S.A. de fecha 21 de agosto de 2010, GyM remitió presupuestos de ejecución de obra para las alternativas de diseño de la tubería forzada y el pique subterráneo según la revisión del proyecto remitido por la Supervisión con la carta CSM-GyM 247, de acuerdo con la modificación del proyecto contractual y según el proyecto de ejecución de un pique inclinado.

61. Que en respuesta a la carta citada en el párrafo precedente mediante la carta N° 295/10-JG de fecha 05 de setiembre de 2010, la Supervisión reconoció la labor del Contratista en buscar una solución integral al tema de la Tubería Forzada - Pique, resaltando que con su participación en las reuniones de trabajo y las alternativas de solución presentadas, EGEMSA pudo evitar los riesgos geológicos del punto "G" del Pique, disminuir la excavación superficial y mejorar el impacto visual. Asimismo, hizo referencia a que la definición de la alternativa a ser ejecutada, se realizará en las reuniones previstas para los días martes 07 de setiembre de 2010 y miércoles 09 de setiembre de 2010.

62. Que posteriormente, con la Carta N° CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010, la Supervisión en el punto 2 de su carta indicó que ya era posible dar inicio a los trabajos contractuales vinculados a la definición de la problemática de la tubería forzada y el pique (antes vertical) ahora inclinado, indicando textualmente:

> ***"(...) Se establece que se aplicaran los planos presentados al Contratista por parte de la Supervisión, como también las cantidades y los precios según acordado con el Contratista el día 8 de septiembre, 2010 referidos a pique inclinado. La resolución correspondiente se emitirá por parte de Egemsa a la brevedad posible. Sin embargo el Contratista puede iniciar las actividades contractuales previas a la construcción de pique inclinado, incluyendo la presentación de método de trabajo, como también las actividades según los planos de pique inclinado."***

63. Que mediante la carta N° 390-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 13 de Setiembre de 2010 y Asiento de Cuaderno de Obra 563 de fecha 14 de setiembre de 2010, GyM hizo acuse de recibo y dio respuesta a la carta

CSM 297/10, tomando nota de lo instruido por la Supervisión respecto de los trabajos para la Tubería Forzada y el pique.

64. Que con la carta N° 382-10 GyM S.A.1652/CSM de fecha 11 de setiembre de 2010, dejó constancia de la existencia de una incompatibilidad en los niveles de la cámara de carga y la tubería forzada (punto F'), esta incompatibilidad fue detectada entre los planos OC-304 y OC-306, que corresponden a las secciones de la cámara de Carga en los que se indica como cota del eje de tubería forzada tramo horizontal el nivel 2051.30 (Punto F'), y en planos OC-402 y Oc-403 correspondientes a los perfiles longitudinales de la Tubería Forzada se indica el nivel 2051.40 para el mismo punto. Por lo que, se consultó cuál es el nivel que debía corresponder al Punto F', el mismo que deberá también considerarse en la nueva puesta de la Tubería Forzada.

65. Que luego de un período largo de conciliación de metrados y de precios, en los cuales se cursaron sendas comunicaciones conforme a lo descrito en el numeral dos del presente expediente, es que mediante la carta N° 566-10-GyM S.A.-1652/CSM del 24 de octubre de 2010, el Contratista respondió la carta CSM-GyM 416/10-JG, remitiendo el presupuesto conciliado de la nueva tubería forzada, indicando además que desde hace más de 21 (veintiún) días calendario se está en proceso de conciliación con la Supervisión, y que solicita atención y resolución urgente por parte de la Supervisión y EGEMSA, al presupuesto adicional remitido, toda vez que su aprobación se ha venido dilatando hasta la fecha y de seguir así podría acarrear consecuencias de impacto en el Cronograma de ejecución contractual, que por razones ajenas a la responsabilidad del Contratista y que ellas ameritarán los análisis de impacto correspondiente.

66. Que GyM afirma que en vista de la demora en la aprobación del presupuesto adicional correspondiente y la emisión del correspondiente acto administrativo, es que durante la Reunión de Obra N° 44, con Asiento N° 887 de fecha 12 de noviembre de 2010, y la Reunión de Obra N° 45 llevada a cabo el 16 de noviembre de 2010, reiteró su solicitud de que se emita la resolución de aprobación de la tubería forzada.

67. Que en vista de los reiterativos requerimientos de GyM, la Supervisión mediante el Asiento N° 910 de fecha 16 de noviembre de 2010, invocando las Sub Cláusulas 17.2.1 17.2.2 y 17.3.1 del Contrato, indicó que no era necesario esperar resolución alguna, en vista que con su carta N° CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010 procedieron a dar una orden de ejecución de trabajos.

68. Que al margen que la Supervisión había dado una orden de inicio de trabajos contractuales no vinculados con los términos del adicional en aprobación de EGEMSA, pretendió desconocer los términos de lo

dispuesto en el artículo 250° del Reglamento, GyM reiteró la solicitud de emisión de la resolución correspondiente con el Asiento N° 944 de fecha 23 de noviembre de 2010.

69. Que durante la Reunión de Obra N° 46 llevada a cabo el 23 de noviembre de 2010, la Supervisión requirió al Contratista, la remisión de la información faltante para la conclusión de la elaboración del expediente para la resolución del Pique Inclinado.

70. Que ante la remisión de la carta CSM-GyM 521/10 de fecha 25 de noviembre de 2010, se emitió la carta N° 708-10-GyM S.A.-1652/CSM del 27 de noviembre de 2010, con la que GyM remitió el desconsolidado de gastos generales para el adicional de la tubería forzada, indicando que la información remitida fuera conciliada oportunamente con la Supervisión.

71. Que mediante la carta N° G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, EGEMSA remitió el Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, con el que se aprobó el Presupuesto Adicional N° 03 y Deductivo N° 03 de la Obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu correspondiente a la modificación del proyecto en cuanto a los trabajos de la Tubería Forzada; por lo que con éste hecho se da por concluida la causal de ampliación de plazo identificada en el punto 4 del presente expediente.

72. Que con el Asiento N° 1061 de fecha 17 de diciembre de 2010, hizo acuse de recibo del Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, en adelante el Acuerdo de Directorio), correspondiente a la Tubería Forzada, indicando que se procedería con el análisis del impacto de la misma, tanto en costos como en plazo.

73. Que del análisis de lo descrito en el Acuerdo de Directorio, y en tanto que se sobreentiende que EGEMSA como entidad pública debe no sólo efectuar un análisis de costos sino también de validez y procedencia legal, ambos previos a la emisión de un acuerdo como el referido, conforme a lo dispuesto por las normas de Contraloría, en especial la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra", es que únicamente EGEMSA puede aprobar adicionales de obra conforme a lo dispuesto en el punto 4 de las disposiciones generales de la citada resolución de Contraloría, que textualmente indica:

> ***"Causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra***
>
> ***Procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos***

orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

a. ***Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.***

b. ***Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra."***

74. Que en vista que no se encuentran ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, es evidente que EGEMSA ha emitido válidamente un Acuerdo de Directorio amparado en el literal b) antes citado.

75. Que una vez más queda corroborado que el expediente técnico licitado por ésta contenía un error o deficiencia en cuanto a la suficiencia de los estudios geológicos de las fallas sobre las cuales el Proyectista decidió definir la ubicación de los puntos de anclaje de la tubería forzada y la omisión de las partidas correspondientes para la eliminación del desmonte proveniente de la excavación del pique vertical.

76. Que lo mencionado anteriormente generó que se modifique el diseño contractual de la tubería forzada y del pique vertical siendo actualmente uno de tipo inclinado.

77. Que la causal aplicable para la solicitud de ampliación de plazo es la causal regulada en el numeral 2) del artículo 258° del Reglamento, es decir, retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la entidad (en este caso, EGEMSA).

78. Que en cuanto al procedimiento, considera que es imperativo seguir lo establecido en el artículo 259° del Reglamento que en las partes pertinentes establece lo siguiente:

"<u>Artículo 259.- Procedimiento</u>

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."

79. Que teniendo en cuenta que con la carta N° G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, EGEMSA remitió el Acuerdo de Directorio de la Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, con el que se aprobó el Presupuesto Adicional N° 03 y el Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu correspondiente a la modificación del proyecto en cuanto a los trabajos de la Tubería Forzada; se señala que con éste hecho se da por concluida la causal de ampliación de plazo identificada en el punto 4 del presente expediente.

80. Que con el Asiento 1094 de fecha 20 de diciembre de 2010, el Contratista indicó que se había determinado la existencia de una causal de ampliación de plazo, por lo que al amparo de las normas de contratación aplicables al contrato, ésta fue elaborada y presentada dentro del plazo otorgado por éstas (Solicitud de Ampliación de Plazo N° 8).

81. Que en el artículo 260° del Reglamento se establece lo siguiente:

"Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual

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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados."

82. Que como se puede apreciar, el primer párrafo del artículo 260° establece por regla que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, es decir, aplicando la fórmula del gasto general diario.

83. Que es necesario aclarar, que si bien el Presupuesto Adicional y el Deductivo N° 03 cuenta con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general, motivo por el cual solo cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado, teniendo en cuenta su duración dentro del período asignado para su ejecución dentro del Cronograma de avance contractual de fecha 19 de enero de 2010.

84. Que del análisis expuesto en el numeral precedente, se podrá apreciar que al modificarse el inicio de las actividades, si bien un tramo de éstas se encuentran dentro del plazo de ejecución contractual observado en el Cronograma de fecha 19 de enero de 2010 (y por lo tanto, el propio gasto general del adicional los sustenta) existe un período de tiempo que se prorroga más allá del plazo contractual previsto en el Cronograma vigente, por lo que en éste punto si bien los gastos generales del propio adicional lo cubren, no cubrirán el resto de actividades que a consecuencia de su aprobación se deberán prolongar también en el tiempo, las mismas que siguen siendo contractuales.

85. Que por lo tanto, se encuentran dentro de la aplicación del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

86. Que en tal sentido, GyM dejó clara constancia que el reclamo de los mayores gastos generales cuantificados, no constituyen una duplicidad de reconocimiento de derechos a favor del Contratista.

87. Que únicamente en el segundo párrafo del artículo 260° del Reglamento, se establece una excepción a la regla de la forma de pago de mayores gastos generales.

88. Que ésta se limita a los casos de ampliación de plazo por causas no atribuibles al contratista (causal que se condice con lo establecido en el numeral 1 del artículo 258° y la primera parte del cuarto párrafo del artículo 42° del TUO, ambos no aplicables a la presente solicitud) en cuyo caso, la entidad debe pagar los mayores gastos generales debidamente acreditados; dejando la aplicación de la fórmula del mayor gasto general como forma de pago para los casos de ampliación de plazo por caso fortuito o fuerza mayor y por retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la Entidad, supuesto de hecho que calza con lo descrito en los numerales 4 y 5 del presente expediente y que se reafirma con la emisión del Acuerdo De Directorio de EGEMSA.

89. Que por lo expuesto, corresponde a GyM el reconocimiento de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación de plazo aplicando la fórmula del gasto general diario, conforme

a lo establecido en el artículo 261°, en el que textualmente se indica lo siguiente:

> ***"Artículo 261.- Cálculo de Mayores Gastos Generales***
>
> ***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."***

90. Que en vista de lo aquí establecido es que se calcula el monto correspondiente a los mayores gastos generales que deben ser objeto de pago por parte de EGEMSA.

91. Que existe el derecho del Contratista de requerir una ampliación de plazo en la ejecución de obra, a consecuencia de los retrasos en la ejecución de sus prestaciones imputables a EGEMSA.

92. Que en tal sentido, se muestra una explicación detallada de la determinación (cuantificación) del número de días que debe otorgarse en función a la afectación de las condicionantes (predecesoras y/o sucesoras) de actividades vinculadas a la ejecución de los trabajos de Tubería Forzada y Pique Inclinado y que impactan en el Cronograma de las obras modificando la fecha final del proyecto.

93. Que se debe tener en cuenta el marco contractual, que en su numeral 17.1.10 textualmente establece:

> ***"El Contratista tendrá derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originen atrasos efectivos en la ejecución de las obras".***

94. Que el Diagrama Gantt acorde con el nuevo Calendario de Avance de Obra, cuyo inicio es el 17 de julio del 2009 y finaliza el 15 de agosto de 2012, presenta una nueva ruta crítica compuesta por las siguientes actividades generadas por la modificación del inicio de trabajos de la

tubería forzada, debido a la reciente aprobación del expediente adicional y deductivo de la Tubería Forzada-Pique Inclinado, mediante el Acuerdo de Directorio de la Sesión N° 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, notificado a GyM con carta G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010.

95. Que a continuación, GyM muestra un detalle de las actividades que se encuentran en ruta crítica conforme a los siguientes documentos, que forman parte del presente expediente de ampliación de plazo:

Cuadro N° 01: Actividades que se encuentran en la ruta crítica.

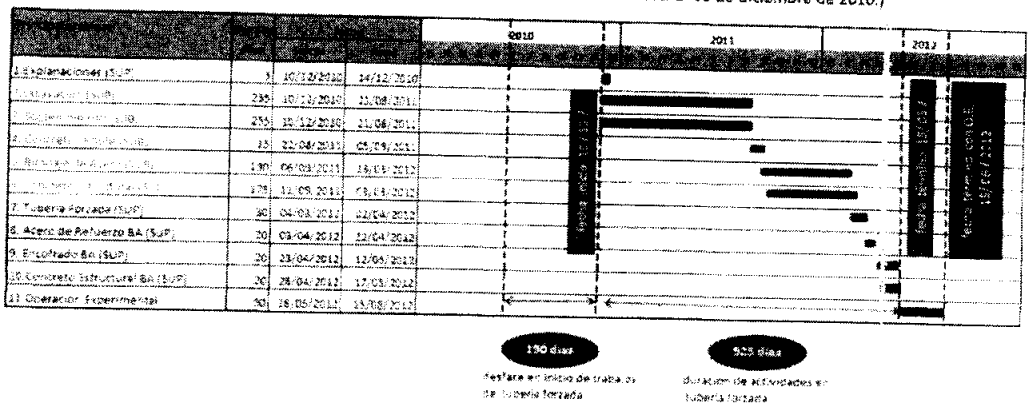
[redacted]								
Inicio Término								
6	Inicio		17/07/2009	17/07/2009		17/07/2009	17/07/2009	
7	Fin		15/08/2012	15/08/2012		15/08/2012	15/08/2012	
Movilización Sector 1000 (infraestructura): **Estas actividades no sufrieron cambio de fecha de inicio, ni duraciones**								
30	Movilización Km 122	30	17/07/2009	15/08/2009	30	17/07/2009	15/08/2009	Movilización de recursos para construcción de campamentos y plantas industriales en el km 122
31	Movilización Km 107	30	31/08/2009	29/09/2009	30	31/08/2009	29/09/2009	Movilización de recursos para construcción de campamentos y plantas industriales en el km 107
Movilización Sector 3000 (túnel aducción): **Estas actividades no sufrieron cambio de fecha de inicio ni duraciones**								
36	Civil Movilización Sector 3000 BS	30	29/12/2009	27/01/2010	30	29/12/2009	27/01/2010	Movilización de los recursos para iniciar los trabajos en el sector de la tubería forzada.
Nueva Cámara de carga: **Estas actividades no sufrieron cambio de fecha de inicio ni duraciones**								
381	Puente Metálico	21	28/01/2010	17/02/2010	21	28/01/2010	17/02/2010	Montaje del puente metálico.
369	Explanación	60	18/02/2010	18/04/2010	60	18/02/2010	18/04/2010	Inicio de los trabajos previos a los trabajos subterráneos.
365	Excavación	120	19/04/2010	16/08/2010	120	19/04/2010	16/08/2010	Posterior a los trabajos de explanaciones se iniciaran los trabajos de excavación en la cámara de carga

INICIO DE TRABAJOS CONFORME AL ACUERDO DE DIRECTORIO, SESIÓN Nº 418 DE FECHA 06/12/10 Y COMUNICADO CON CARTA G-640-2010, DE FECHA 09/12/10.								
Tubería forzada superficie: El ID 395 es la primera actividad afectada en el cronograma (cambió fecha de inicio).								
395	Explanación	90	03/06/2010	31/08/2010	5	10/12/2010	14/12/2010	Inicio de los trabajos en la tubería forzada que es la ejecución del acondicionamiento del terreno.
Tubería forzada subterráneo : Las duraciones se incrementaron debido al aumento en la longitud del tramo subterráneo.								
416	Excavación	150	01/10/2010	58 27/02/2011	255	10/12/2010	21/08/2011	Inicio de trabajos de excavación en subterráneo, al mismo tiempo que la excavación en superficie.
7	nto					0	11	Se ejecuta en paralelo con la excavación
420	Concreto simple	15	28/02/2011	14/03/2011	15	22/08/2011	05/09/2011	Concreto con resistencia f'c= 100 kg/cm2 que regulariza la excavación en roca
425	Blindaje de Acero	120	15/03/2011	12/07/2011	190	06/09/2011	13/03/2012	Actividad a realizarse al término de la excavación y el sostenimiento.
421	Concreto estructural	120	15/03/2011	12/07/2011	175	11/09/2011	03/03/2012	Concreto a realizarse con un desfase en su inicio de 5 días con respecto a la colocación de la tubería.
Tubería forzada superficie: Las duraciones se redujeron de manera significativa en estas partidas, pues solo se tendrán 15m de tubería en superficie.								
412	Tubería forzada	120	13/07/2011	09/11/2011	30	04/03/12	02/04/12	Colocación de la tubería forzada.
407	Acero de refuerzo BA	120	13/07/2011	09/11/2011	20	03/04/12	22/04/12	Al mismo de la colocación de tubería forzada se coloca el acero estructural.
406	Encofrado BA	120	13/07/2011	09/11/2011	20	23/04/12	12/05/12	Terminada la colocación del acero se procede a la realización de encofrado.
408	Concreto Estructuras BA	120	13/07/2011	09/11/2011	20	28/04/12	17/05/12	Actividad demorada 5 días respecto del encofrado.
Operación Experimental: Actividad vinculada a la finalización de la ultima tarea realizada.								
15	1ra. Fase	45	20/10/2011	03/12/2011	45	18/05/2012	01/07/2012	Culminando los trabajos en la tubería forzada se procede con la Operación Experimental.
16	2da Fase	45	04/12/2011	17/01/2012	45	02/07/2012	15/08/2012	Se realiza después de la 1ra fase.

Cuadro N° 02: Comparativo en Inicio de actividades y duraciones en Tubería Forzada - Pique Inclinado

CRONOGRAMA SUSTENTO DE AMPLIACION DE PLAZO

(Cronograma actualizado con la emisión del acuerdo de directorio, sesión Nº 418 de fecha 06 de diciembre de 2010.)



96. Que, GyM alega que de acuerdo a lo mostrado en el Cuadro N° 01, la nueva fecha de termino del proyecto es el 15 de agosto del 2012, tomando como base el Cronograma Contractual vigente, aprobado con fecha 19 de enero de 2010, el cual tiene como fecha de término el 17 de enero del 2012. Concluye que se tiene así una ampliación de plazo correspondiente a 212 días.

97. Que del análisis del Cuadro N° 01 se puede determinar que las partidas que forman la nueva ruta crítica en el nuevo calendario de avance de obra están relacionadas a las movilizaciones en el Km. 107 y Km. 122, los trabajos en la nueva cámara de carga, los trabajos en la tuberia forzada y la Operación Experimental correspondiente.

Descripción de la afectación en las actividades involucradas

ID 30 - Movilización Km. 122
Consiste en la movilización de los recursos relacionados a los trabajos de Infraestructura (Movilización de recursos para construcción de campamentos y plantas industriales) en el Km. 122.

Fecha de inicio: 17 de Julio de 2009.
Fecha de término: 15 de Agosto de 2009.
Duración de 30 días.

Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.

ID 31 - Movilización Km. 107
Es de manera similar al ID30, pero en el sector del Km. 107.

Fecha de inicio: 31 de agosto de 2009.
Fecha de término: 29 de setiembre de 2009.
Duración de 30 días.

Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.

ID 36 - Civil Movilización Sector 3000 BS
Comprende el transporte hasta el Sector de obra de los equipos de construcción, maquinaria pesada, herramientas y repuestos necesarios para la ejecución de los trabajos civiles, desde el lugar de procedencia.

Fecha de inicio: 29 de Diciembre de 2009.
Fecha de término: 27 de enero de 2010.
Duración de 30 días.

Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.

ID 381 - Puente Metálico - Cámara de carga
Una vez realizadas las actividades de movilización se tienen que efectuar algunos trabajos previos en la cámara de carga, el primero es la construcción del puente metálico que sirve para trasladar la tubería forzada. Condiciona el ID 369, explanación en superficie de la cámara de carga.

Fecha de inicio: 28 de enero de 2010.
Fecha de término: 17 de febrero de 2010.
Duración de 21 días.

Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.

ID 416 - Excavación en Subterráneo - Tubería Forzada Subterránea
En forma paralela a la explanación en superficie se da inicio a la excavación en tubería forzada en subterráneo.

Fecha de inicio: 10 de diciembre de 2010.
Fecha de término: 21de agosto de 2011.
Duración de 255 días.

Esta actividad se vio incrementada en su duración por el aumento de metrados en las partidas de Tubería Forzada Subterránea.

Item	DESCRIPCION	UND	TUBERIA FORZADA PRESUPUESTO CONTRACTUAL	TUBERIA FORZADO PRESUPUESTO FINAL
			Metrado	Metrado
6.02	**Pique Blindado**			
06.02.01	**Movimiento de tierras en subterraneo**			
06.02.01.01	EXCAVACION DE PIQUE VERTICAL ROCA TIPO I	m3	1,999.50	1,195.53
06.02.01.02	EXCAVACION DE PIQUE VERTICAL ROCA TIPO II	m3	1,190.50	2,281.47
06.02.01.03	EXCAVACION DE PIQUE VERTICAL ROCA TIPO III	m3	220.50	1,550.58
06.02.01.04	EXCAVACION DE PIQUE VERTICAL ROCA TIPO IV	m3	150.00	438.94
06.02.01.05	EXCAVACION DE PIQUE VERTICAL ROCA TIPO V	m3		219.47

Duración Cronograma contractual: 150 días
Duración Cronograma actualizado: 255 días.

H) 417 - Sostenimiento - Tubería Forzada Subterránea
En forma paralela a la excavación subterránea se realizan los trabajos de sostenimiento.

Esta actividad se vio incrementada en su duración debido al aumento de metrados en las partidas de Tubería Forzada Subterránea).

Item	DESCRIPCION	UND	TUBERIA FORZADA PRESUPUESTO CONTRACTUAL	TUBERIA FORZADO PRESUPUESTO FINAL
			Metrado	Metrado
06	**CONDUCTO FORZADO (Incluye Ingeniería Complementaria)**			
6.02	**Pique Blindado**			
06.02.02	**Sostenimiento en excavacion de pique**			
06.02.02.01	SUMINISTRO Y COLOCACION DE PERNOS DE ANCLAJE DE [illegible]	u	466.00	586.00
06.02.02.02	PERFORACIONES PARA DRENAJE Ø = 50 mm	m	46.50	276.00
06.02.02.03	SHOTCRETE e = 6 cm	m3	17.00	153.04
06.02.02.04	SHOTCRETE e = 10 cm	m3	27.50	94.72
06.02.02.05	SHOTCRETE e = 5 cm	m3		
06.02.02.06	TUBERIA DE DRENAJE PVC SAL Ø 50 mm - COLECTOR	m		833.50
06.02.02.07	TUBERIA DE DRENAJE PVC SAL Ø 200 mm - COLECTOR	m		776.20
06.02.02.08	MALLA METALICA DE 400 x 400 / 42 mm	m2		479.48
06.02.02.09	CIMBRAS RETICULADAS - ARCOS DE 8 @ 1.6 m - CONCRETO [illegible] mm	t		1.55

Duración Cronograma Contractual: 150 días
Duración Cronograma Actualizado: 255 días.

ID 420 - Concreto Simple - Tubería Forzada Subterránea
Terminados los trabajos de excavación se realizará la colocación de concreto simple fc=10MPa, para regularizar la superficie antes de la colocación de la tubería.

Fecha de inicio: 22 de agosto de 2011.
Fecha de término: 05 de setiembre de 2011.
Duración de15 días.

Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.

Duración Cronograma Contractual: 15 días.
Duración Cronograma Actualizado: 15 días.

ID 425 - Blindaje de Acero - Tubería Forzada Subterránea
Con el término de la excavación y sostenimiento se realizará el montaje de la tubería en subterráneo con todos sus elementos.

Fecha de inicio: 06 de setiembre de 2011
Fecha de término: 12 de julio de 2011.
Duración de 190 días.
Esta actividad se vio incrementada en su duración debido al aumento de metrados en las partidas de Tubería Forzada Subterránea.

Item	DESCRIPCION	UND	TUBERIA FORZADA PRESUPUESTO CONTRACTUAL	TUBERIA FORZADO PRESUPUESTO FINAL
			Metrado	Metrado
06	CONDUCTO FORZADO (Incluye Ingeniería Complementaria)			
6.02	Pique Blindado			
6.02.04	Varios			
06.02.04.01	BLINDAJE DE ACERO - PIQUE	t	458.00	[illegible]

Duración Cronograma contractual: 120 días
Duración Cronograma actualizado: 190 días

ID 421- Concreto Estructural - Tubería Forzada Subterránea
Con un desfase de 5 días con respecto al montaje del acero, se iniciarán los respectivos vaciados de concreto de resistencia fc=27.5MPa, en tubería en subterráneo.

Fecha de inicio: 11 de setiembre de 2011.
Fecha de término: 03 de marzo de 2012.
Duración de 175 días.

Esta actividad se vio incrementada en su duración debido al aumento de metrados en las partidas de Tubería Forzada Subterránea.

Item	DESCRIPCION	UND	TUBERIA FORZADA PRESUPUESTO CONTRACTUAL	TUBERIA FORZADO PRESUPUESTO FINAL
			Metrado	Metrado
06	CONDUCTO FORZADO (Incluye Ingeniería Complementaria)			
6.02	Pique Blindado			
06.02.03	Revestimiento de pique			
06.02.03.02	CONCRETO f'c=27.5 MPa - EN PIQUE	m3	2,020.00	2,396.99

Duración Cronograma contractual: 120 días
Duración Cronograma actualizado: 175 días

ID 412 - Tubería Forzada - Tubería Forzada Superficie
Terminadas las actividades en la tubería forzada en subterráneo, se prosigue en la parte superior con la colocación de la tubería forzada en superficie.

Fecha de inicio: 04 de marzo de 2012.
Fecha de término: 02 de abril de 2012.

Duración de 30 días.

Esta actividad se vio reducida en su duración debido a la reducción de metrados en las partidas de Tubería Forzada Superficial.

Item	DESCRIPCION	UND	PRESUPUESTO CONTRACTUAL	TUBERIA FORZADO INCLINADA FINAL
			Metrado	Metrado
06	CONDUCTO FORZADO (Incluye Ingenieria Complementaria)			
6.01	Tuberia Forzada			
06.01.03	VARIOS			
06.01.03.02	TUBERIA FORZADA DE ACERO Ø 1.80 m	t	350.00	20.66

Acero de refuerzo en bloque de anclaje (ID 407), se inicia con el término del montaje de la tubería. Inicio 03 de abril de 2012, fin 22 de abril de 2012, total 20 días.

Encofrado en bloque de anclaje (ID 406), se inicia con el término de la colocación del acero. Inicio 03 de abril de 2012, fin 12 de mayo de 2012, total 20 días.

Concreto fc=27.5 MPa en bloque de anclaje (ID 408), se inicia después de 5 días de iniciado el encofrado, con un término en fecha 17 de mayo de 2012.

Estas actividades se vieron reducidas en su duración debido a la reducción de metrados en las partidas de Tubería Forzada Superficial.

ID 15 - Operación Experimental
Se realizará una vez terminados los trabajos en la Tubería Forzada - Pique Inclinado

Fecha de inicio: 18 de mayo de 2012.
Fecha de término: 01 de julio 2012.

ID 16 - Operación Experimental
Fecha de inicio: 02 de julio de 2012.
Fecha de término: 15 de agosto de 2012.
Duración de 45 días calendarios.

98. Que por lo expuesto, la fecha de finalización de obra corresponde ahora al 15 de Agosto del 2012, determinándose por lo tanto, una prórroga del plazo de ejecución contractual vigente de doscientos doce (212) días calendarios (plazo que no tiene en consideración las restricciones de acceso a la obra por carretera y de servicio de tren).

CÁLCULO DE MAYORES GASTOS GENERALES (PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

1. Que GyM refiere que vista su sustentación legal y amparada en el marco legal y contractual descrito, consideran que les corresponde la aplicación de la fórmula del gasto general diario establecida en los artículos 260° y 261° del Reglamento.

2. Que si bien el Presupuesto Adicional y el Deductivo N° 03 cuentan con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general, motivo por el cual solo cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado, teniendo en cuenta su duración dentro del período asignado para su ejecución dentro del Cronograma de avance contractual de fecha 19 de enero de 2010.

3. Que se puede apreciar que al modificarse el inicio de las actividades, si bien un tramo de éstas se encuentra dentro del plazo de ejecución contractual observado en el Cronograma de fecha 19 de enero de 2010 (y por lo tanto, el propio gasto general del adicional los sustenta) existe un período de tiempo que se prorroga más allá del plazo contractual previsto en el Cronograma vigente, por lo que en éste punto si bien los gastos generales del propio adicional lo cubren, no cubrirán el resto de actividades que a consecuencia de su aprobación se deberán prolongar también en el tiempo, las mismas que siguen siendo contractuales; y que por lo tanto, se encuentran dentro de la aplicación del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

4. Que, en tal sentido, GyM deja constancia que el reclamo de los mayores gastos generales, no constituye una duplicidad de reconocimiento de derechos a favor del contratista; y por lo tanto, no es un doble cobro por parte suya.

Cálculo de Gasto General Diario (FGGD)
Calculo de gasto general diario contractual

Descripción	Unidad	Total
Monto Total Gastos Generales Obra Civil (a)		14.800.938,91
Monto Total Gastos Generales Obra Electromecánica (b)	$	9.438.156,25
Monto Total GG Civil y Electromecánica (c=a+b)	$	24.239.095,16
Plazo de Ejecución (d)	Días	915
Gasto General Diario (f=c/d)	$/día	26.490,8

Referencia carta 708-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 27.11.

Cálculo de gasto general diario del Adicional Tubería Forzada

Descripción	Unidad	Total
Monto Total Gastos Generales tubería forzada -pique Inclinado (32.43%) (a')	$	3'409,585.06
Monto Total Gastos Generales tubería forzada -pique Inclinado contractual (32.75%) (b')	$	2'916,047.29
Monto Total GG del adicional tubería forzada (c'=a'-b')	$	493,537.77
Plazo de Ejecución (d')	Días	525
Gasto General Diario (f'=c'/d'}	$/día	940.07

Referencia carta 708-10-GyMS.A.-1652/CSM de fecha 27.11.10

5. Que, señala que en atención a lo expuesto es que se hace el cálculo de los Mayores Gastos Generales generados por la causal invocada de Ampliación de plazo por la Tubería Forzada en Pique Inclinado.

Cálculo de Mayores Gastos Generales

Descripción	Unidad	Total
Gastos Generales Diarios (f-f')	($)	25,550.74
N° Días de ampliación de plazo, por Causal Invocada		212.00
Total {$)		5'416,756.88

6. Que, sostiene que en tal sentido, GyM tiene derecho al reconocimiento de la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis con 88/100 Dólares Americanos), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas, por concepto de mayores gastos generales por el período de tiempo que a consecuencia de la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional y Deductivo N° 03 (por errores en el Expediente Técnico), el plazo de ejecución de la obra se deberá prolongar; y con ello, la ejecución de actividades que siguen siendo contractuales, que por lo tanto, están sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

7. Que para el cálculo de días de ampliación de plazo se ha tomado como base el Cronograma Contractual que tenía como fecha de término previsto

el 17 de Enero del 2012, siendo la nueva fecha de termino el 15 de agosto del 2012.

CONCLUSIONES

1. Que, GyM argumenta que tanto en las Bases, como en el Contrato, el TUO y el Reglamento, describen las causales bajo las cuales es procedente una ampliación de plazo, entre las cuales se encuentra claramente establecido que el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado siempre que el calendario de avance de obra vigente sufra atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones (en su caso) por causas atribuibles a la Entidad, para cuyo reclamo se deberá observar lo establecido en el artículo 42° del TUO y los artículos 258°, 259° y 260° del Reglamento.

2. Que en cumplimiento de lo descrito en el artículo 210° del Reglamento, el Contratista cumplió con notificar la existencia de un error en el Expediente Técnico debido a la deficiencia de los estudios geológicos de las fallas sobre las cuales el proyectista decidió definir la ubicación de los puntos de anclaje de la tubería forzada y la omisión de las partidas correspondientes para la eliminación del desmonte proveniente de la excavación del pique vertical, lo que generó que se modifique el diseño contractual de la tubería forzada y del pique vertical siendo actualmente uno de tipo inclinado.

3. Que conforme al TUO (en sus artículos 6°, 12° y 25°) y el Reglamento (en sus artículos 28° y 29°), EGEMSA es responsable de cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.

4. Que, por otra parte, EGEMSA a través de su área usuaria o su dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones y en coordinación con ella, debió -además de definir con precisión los objetivos y funciones de la obra-, verificar la operatividad y viabilidad de la misma empleando un criterio de razonabilidad y diligencia que no se puede apreciar en la aprobación de un Expediente Técnico con una deficiencia tan seria como la descrita en el punto 8.1.1.

5. Que, además de ello, señala que conforme al artículo 12° del TUO, EGEMSA debió (teniendo en cuenta la complejidad de la obra) ordenar la elaboración de estudios completos y suficientes que permitan contar con la información necesaria para la ejecución de la obra, sobre todo atendiendo a lo que textualmente indica el tercer y cuarto párrafo del mencionado artículo:

> ***"(...) en el caso de licitaciones públicas y de concursos públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indagaciones. (...). en el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra (...)".***

6. Que es responsabilidad de la Supervisión elaborar el Expediente Técnico referido en el párrafo anterior, pero que con la finalidad de cooperar con la labor de la Supervisión y EGEMSA están elaborando un documento que les brinde facilidades para la elaboración del informe de la Supervisión y con ello obtener una mayor celeridad a la consiguiente aprobación del adicional y la emisión de la resolución de aprobación de adicional por la modificación de los trabajos de la tubería forzada y el pique (antes vertical) ahora inclinado, lo que demuestra la voluntad de cooperación constante del Contratista.

7. Que conforme a lo establecido en el artículo 42° del TUO, los adicionales en un contrato de obra pública son procedentes siempre y cuando sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato y en tanto la necesidad resultara de errores en el Expediente Técnico, omisiones, deficiencias o situaciones imprevisibles, tal como indica la Contraloría General de la República.

8. Que teniendo en cuenta que el contrato define a la "prestación" como "la ejecución de la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación o adquisición se regula en la Ley y el Reglamento.", resulta evidente que debido a la existencia de la falla y el largo proceso de definición de estudios, conciliación de precios y envío de sendas revisiones de los presupuestos adicionales, es que se ha dilatado el proceso de aprobación y emisión del acto administrativo correspondiente a cargo de EGEMSA.

9. Que ha quedado probado y sustentado que la causal aplicable para la solicitud de ampliación de plazo es la causal regulada en el numeral 2) del artículo 258° del Reglamento; es decir, retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la entidad (en su caso, EGEMSA).

10. Que el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento, establece que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, es decir, aplicando la fórmula del gasto general diario.

11. Que si bien el Presupuesto Adicional y el Deductivo N° 03 cuentan con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general,

motivo por el cual solo cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado, teniendo en cuenta su duración dentro del período asignado para su ejecución dentro del Cronograma de avance contractual de fecha 19 de enero de 2010.

12. Que del análisis expuesto en el numeral precedente, se podrá apreciar que al modificarse el inicio de las actividades, si bien un tramo de éstas se encuentran dentro del plazo de ejecución contractual observado en el Cronograma de fecha 19 de enero de 2010, (y por lo tanto, el propio gasto general del adicional los sustenta) existe un período de tiempo que se prorroga más allá del plazo contractual previsto en el Cronograma vigente. Por lo que, en éste punto si bien los gastos generales del propio adicional lo auto-sustentan, no cubrirán el resto de actividades que a consecuencia de su aprobación se deberán prolongar también en el tiempo, las mismas que siguen siendo contractuales; y que por lo tanto, se encuentran dentro de la aplicación del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

13. Que, en tal sentido, consideran que queda claro que el reclamo de los mayores gastos generales, no constituye una duplicidad de reconocimiento de derechos a favor del Contratista; y por lo tanto, no es un doble cobro por parte suya.

14. Que de acuerdo a lo mostrado en el Cuadro N° 01 de la Sección Sexta, la nueva fecha de termino del proyecto es el 15 de agosto del 2012, tomando como base el Cronograma contractual aprobado con fecha 19 de enero de 2010, el cual tiene como fecha de término el 17 de enero del 2012. Sostiene GyM que en atención a ello se tiene una ampliación de plazo correspondiente a 212 días, la misma que no tiene en consideración las actuales restricciones de acceso a la obra por carretera y de servicio de tren.

15. Que del Cuadro N° 01 se puede determinar que las partidas que forman la nueva ruta crítica en el nuevo calendario de avance de obra están relacionadas a las movilizaciones en el Km. 107 y Km. 122, los trabajos en la nueva cámara de carga, los trabajos en la tubería forzada y la Operación Experimental correspondiente.

16. Que el Diagrama Gantt acorde con el nuevo Calendario de Avance de Obra, cuyo inicio es el 17 de julio del 2009 y finaliza el 15 de agosto de 2012, presenta una nueva ruta crítica compuesta por las siguientes actividades generadas por la modificación del inicio de trabajos de la tubería forzada, debido a la reciente aprobación del expediente adicional y deductivo de la Tubería Forzada-Pique Inclinado, mediante Acuerdo de Directorio, de la Sesión N° 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, notificado a el Contratista con carta G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010.

17. Que GyM considera que tiene derecho al reconocimiento de la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis con 88/100 Dólares Americanos), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas, por concepto de mayores gastos generales, por el período de tiempo que a consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional y Deductivo N° 03 (por errores en el expediente técnico), el plazo de ejecución de la obra se deberá prolongar, y con ello la ejecución de actividades que siguen siendo contractuales y que por lo tanto están sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE SU PRETENSIÓN ACCESORIA

1. Que GyM manifiesta que EGEMSA convocó al proceso de Licitación Pública N° LP-OI-2008-EGEMSA Primera Convocatoria denominada "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu".

2. Que mediante el Comité Especial EGEMSA otorgó a GyM S.A. (en adelante, el Contratista) la Buena Pro.

3. Que con fecha 24 de abril de 2009 se suscribió el Contrato N° 09 2009 y con fecha 16 de julio de 2009, la Supervisión remitió la carta N° CSM-GyM-001 con la cual comunicó a GyM que se habían cumplido todos los requerimientos establecidos por el Reglamento.

4. Que con fecha 17 de julio de 2009 se dio inicio al plazo de ejecución de obra, conforme a lo anotado por la Supervisión en el Asiento N° 01 del Cuaderno de Obra.

5. Que mediante anotación de GyM en el Asiento N° 63 del Cuaderno de Obra, se dejó constancia que con fechas 3 y 4 de setiembre de 2009, personal del Instituto Nacional de Cultura llevó a cabo el desbroce en la zona aledaña a la contractualmente asignada para los desarenadores, exhibiendo restos arqueológicos en la zona de excavación de las cuatro naves de los desarenadores.

6. Que en los primeros días del mes de octubre de 2009 se llevaron a cabo trabajos de replanteo topográfico de la zona asignada para la construcción de los desarenadores, excavando calicatas en los ejes de los desarenadores N° 1 y N° 2 para ubicar el talud de roca, encontrándose en las calicatas tomadas que los restos arqueológicos de muros incas continuaban hasta la zona en la que se ubicarían, conforme al Expediente Técnico, los referidos desarenadores. GyM señala que ante el riesgo de incurrir en infracciones administrativas y penales por posibles daños a los

restos arqueológicos encontrados se procedió a la suspensión los trabajos en dicha zona.

7. Que, posteriormente, con fecha 03 de octubre de 2009, se llevó a cabo una reunión entre representantes de EGEMSA, GyM y el Instituto Nacional de Cultura. En dicha reunión se discutió el impacto que se generaría en caso de ejecutarse el afrontamiento conforme a lo indicado en los planos del Contrato, la posición que asumiría el INC al respecto y las alternativas que podrían tomarse para minimizar ó evitar el potencial daño arqueológico.

8. Que durante la Reunión de Obra N° 12 realizada el 5 de noviembre de 2009, se indicó que se esperaría la visita del Proyectista al Km. 107 (donde se encontraba ubicada la zona designada contractualmente para la construcción de los desarenadores), para dar solución técnica al hallazgo de restos arqueológicos en dicha zona.

9. Que mediante anotación de GyM en el Asiento N° 65 del Cuaderno de Obra del 07 de noviembre de 2009, se dejó constancia que el 06 de noviembre de 2009, se llevó a cabo una inspección técnica en el frente identificado como Km.. 107, liderada por la Supervisión en el lugar diseñado para excavar y construir los desarenadores, en la cual se contó con la presencia de personal de EGEMSA, del proyectista, la empresa Lahmeyer Agua y Energía S.A. (en adelante, el Proyectista) y El Contratista.

10. Que en esta inspección técnica se revisó el diseño elaborado por el Proyectista en plano geométrico y luego se efectuó una visita conjunta al terreno evaluándose los siguientes puntos:
    - Ubicación de los desarenadores.
    - Presencia de restos arqueológicos preexistentes.
    - Inestabilidad del terreno debido a geología de la zona, la cual presentaba terrazas geológicas por asentamiento del terreno; presencia de un cono de deyección activo.
    - Material suelto sin litificación y material suelto de relleno detrás de los muros.

11. Que como conclusión de ésta inspección técnica se determinó que era necesario modificar el diseño vigente a dicha fecha para superar las condiciones ambientales y geológicas de especial consideración.

12. Que en el numeral 9.5 de la minuta de Reunión de Obra N° 13 de fecha 11 de noviembre de 2009, se dejó constancia de la visita técnica señalada en el punto anterior.

13. Que la Supervisión, mediante la anotación del Asiento de Cuaderno de Obra N° 85 de fecha 23 de noviembre de 2009, indicó que el hallazgo de restos arqueológicos en la zona designada por el Proyectista para la construcción de los desarenadores, no ameritaba la suspensión de estos trabajos en el Km. 107.

14. Que en el numeral 6.0 de la minuta de Reunión de Obra N° 15 de fecha 24 de noviembre de 2009, se indicó en vista de la necesidad de la elaboración de un Estudio Geofísico, los estudios que serían de utilidad para el cambio de diseño de los desarenadores.

15. Que mediante la carta N° 099-09-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 26 de noviembre de 2009, GyM remitió a la Supervisión, el Nuevo Cronograma de Obra Detallado, para su análisis y aprobación, incluyendo las precisiones de la Supervisión a los Cronogramas previos analizados.

16. Que en respuesta a lo indicado por la Supervisión en el Asiento N° 85 del Cuaderno de Obra, GyM manifestó en la anotación del Asiento N° 93 del Cuaderno de Obra de fecha 27 de noviembre de 2009, que el Código Penal y la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación prohibían, bajo pena privativa de la libertad, la demolición; y pena de multa, si se ejecutaba algún tipo de trabajo en zonas en la cuales se hubiera encontrado restos arqueológicos prehispánicos. Por lo que, ante ello, señala que procedieron a cumplir con su obligación legal de suspender los trabajos en la zona. Asimismo, indican que si pese a ello la Supervisión consideraba que debían continuar con los trabajos, debía ordenarlo de manera expresa en el Cuaderno de Obra. Es esta misma anotación se dejó constancia que los demás trabajos continuaban ejecutándose con normalidad en este frente.

17. Que mediante anotación en el Asiento N° 96 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de noviembre de 2009, se dejó constancia que por invitación de EGEMSA se asistió a una reunión en la cual estuvo presente el especialista del Proyectista, Ing. André Soubrier, además de representantes de EGEMSA y la Supervisión.

18. Que como resultado de esta reunión, se obtuvo como conclusión que la geología de la zona presentaba material suelto coluvial, con presencia de terrazas por asentamiento, así como de conos de deyección por fallas geológicas, tramos disturbados por deslizamiento, con presencia de arboles inclinados. Se indicó también que la distancia de separación entre desarenadores (tabique) era de tan solo 13.90 mts. según el Expediente Técnico. Finalmente, se concluyó que debido a la disturbación geológica y la existencia de restos arqueológicos en la zona, EGEMSA a través del Proyectista, era responsable de revaluar y rediseñar el proyecto teniendo en consideración que era importante definir el contacto del material suelto

(coluvial) con la roca y proceder con la estabilización del material suelto antes de iniciar la excavación.

19. Que, por todo lo anterior, alega que se propuso la elaboración de un estudio DIAMANTIN, opción que fue aceptada por el especialista André Soubrier, quien además reconoció que era de vital importancia tener el conocimiento más exacto posible del contacto suelo -roca para evaluar el rediseño de los desarenadores. Asimismo, GyM advierte que EGEMSA se comprometió a entregar el rediseño a El Contratista antes de la fecha contractualmente definida para el inicio de los trabajos en los desarenadores.

20. Que en cuanto al canal de purga, GyM sostiene que vio la necesidad de estudiar las pendientes de diseño, lo cual sería evaluado por André Soubrier, debido a la complejidad que conllevaría la modificación de las estructuras de este canal. Finalmente, señala que se analizó la toma para el canal de aducción existente, con la posibilidad de mantener el mismo adicionando un tercer ingreso y efectuar la canalización del rio (enderezando el codo existente). Sobre este particular André Soubrier indicó que estudiaría esta posibilidad (factibilidad) indicando también que sería necesario un modelo hidráulico para una definición.

21. Que por su parte, GyM refiere que la Supervisión, mediante anotación del Asiento N° 100 del Cuaderno de Obra de fecha 05 de diciembre de 2010, instruyó que todos los trabajos que no afectaran la zona en la cual se encontraron restos arqueológicos debían continuar. Además indicó que a dicha fecha no existían trabajos del Contratista que pudieran afectar la mencionada zona.

22. Que GyM explica que a lo indicado por la Supervisión en el Asiento N° 100 del Cuaderno de Obra, reiteró en su anotación en el Asiento N° 109 del Cuaderno de Obra de fecha 07 de diciembre de 2010, que de acuerdo a lo anotado en su Asiento N° 93, los demás trabajos que se encontraban en la zona de influencia del hallazgo de restos arqueológicos continuaban siendo ejecutados con normalidad, quedando pendiente la entrega del rediseño por parte del Proyectista de los trabajos que inicialmente fueron designados en la zona en la que se encontraban los referidos restos arqueológicos y su aprobación por EGEMSA a través del deductivo y el adicional correspondiente.

23. Que mediante la carta CSM-GyM 059/09 de fecha 04 de enero de 2010, la Supervisión aprobó el Nuevo Cronograma de Obra Detallado.

24. Que con la anotación del Asiento N° 137 del Cuaderno de Obra de fecha 09 de enero de 2010, GyM dejó constancia que no existiendo a dicha fecha definición respecto al rediseño de los trabajos en el frente Km. 107, dicha

demora y las circunstancias que la provocaban, constituían una causal de ampliación de plazo, la cual sería solicitada por el Contratista una vez que la causal concluyese, dentro de los plazos previstos y de acuerdo a las formalidades establecidas en el TUO y su Reglamento.

25. Que en la minuta de Reunión de Obra N° 18 de fecha 14 de enero de 2010, reiteró a EGEMSA su solicitud de definición del re diseño de los trabajos en los desarenadores en el Km. 107.

26. Que con la carta N° CSM-GyM 075/10 de fecha 16 de enero de 2010, la Supervisión remitió cuatro (04) planos, que según lo indicado su carta, formaban parte de la solución de diseño referida a la existencia de restos arqueológicos en el Km. 107. Asimismo, indicaron que los demás planos serían enviados a la brevedad posible.

27. Que con fecha 19 de enero de 2010, las partes aprobaron el Nuevo Cronograma de Obra Detallado.

28. Que mediante la anotación en el Asiento N° 159 del Cuaderno de Obra, de fecha 19 de enero de 2010, el Contratista además de hacer acuse de recibo de los planos enviados con carta CSM-GyM 075/10 de la Supervisión, indicó que la información alcanzada por la Supervisión era insuficiente y no le permitía elaborar un nuevo plan de trabajo, ni presupuestar el mismo; ni diseñar estrategias de adquisición de materiales, logística y análisis de todas las condiciones necesarias para llevar a cabo los trabajos que el frente Km. 107 requería y mucho menos definir su impacto y reprogramación en el Cronograma de Obra.

29. Que asimismo, aclara que se solicitó la siguiente información necesaria:
    - Plano de detalles en niveles del ducto de purga, pendientes cotas desde la poza de purga a la descarga final, equivalente a los planos OC-134 y OC-135 del proyecto inicial.
    - Cortes E,F,G,H,I; indicados en el plano OC-133.
    - Detalle del sistema de evacuación de las rejillas finas.
    - Detalles del portal de entrada y corte en la galería de acceso.

30. Que mediante la Carta N° 025-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 20 de enero de 2010, hizo acuse de recibo de los planos remitidos por la Supervisión con su carta CSM-GyM 075/10; asimismo, hizo hincapié que éstos eran parte de la solución del rediseño del Km. 107. Asimismo, solicitó información adicional y ratificó que aún persistía la causal de ampliación de plazo.

31. Que mediante anotación en el Asiento N° 178 del Cuaderno de Obra de fecha 26 de enero de 2010, la Supervisión respondió la anotación del

Asiento N° 159 del Contratista, indicando que los planos remitidos, en cumplimiento a lo acordado en Reunión de fecha 14 de enero de2010, eran los básicos que permitían realizar un cálculo muy aproximado del costo del cambio de ubicación de la naves de los desarenadores; la modificación ha incrementado el canal de aducción dos túneles de alimentación y los desarenadores totalmente en caverna.

32. Que en cuanto a nuevas sub partidas, alega que la Supervisión indicó que la más importante era el sistema de sostenimiento, en el tramo inicial (portal de ingreso-encuentro con roca de buena calidad). Asimismo, indicó que a su parecer para el Contratista, muy experimentado en obras de estas magnitudes no debería haber imposibles en aras de la práctica de la ingeniería.

33. Que conforme al Cronograma de Obra aprobado el 19 de enero de 2010 por EGEMSA, el inicio de excavación de las cuatro (04) naves de los desarenadores estuvo programado para el día 30 de enero de 2010, no pudiendo darse inicio a las actividades proyectadas, en vista de la existencia de restos arqueológicos en el terreno en el cual el Proyectista ubicó los desarenadores.

34. Que luego de más de ocho (08) meses de cursar correspondencia entre la Supervisión, el Contratista y EGEMSA, con Carta N° CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010, la Supervisión indicó textualmente que:

> ***"Las obras en el Km. 107 se deberán ejecutar manteniendo los planos, cantidades y precios unitarios contractuales referidos para las obras en el Km. 107. Las eventuales modificaciones serán indicadas al Contratista, en el tiempo debido. Sin embargo, el Contratista, puede iniciar las actividades contractuales, incluyendo presentación de método de trabajo".***

35. Que mediante anotación en el Asiento N° 541 del Cuaderno de Obra, de fecha 10 de setiembre de 2010, y con la carta N° 384-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 11 de setiembre de 2010, GyM informó que durante las labores de desbroce y limpieza en el sector del canal de alimentación del frente Km. 107 aparecieron nuevos restos arqueológicos, que sumados a los anteriores (cuya existencia se comunicó con carta N° 353-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 06 de setiembre de 2010) restringían aún más sus labores, en tanto que debió paralizar las labores en ambos casos, solicitando a la Supervisión que comunique estos hechos a EGEMSA para que convocara a las entidades competentes para la verificación de la existencia de los restos arqueológicos encontrados y se determinaran las acciones a tomar.

36. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 553 de fecha 12 de setiembre de 2010, la Supervisión, comunica que ha tomado conocimiento y ha corrido traslado a EGEMSA de su solicitud formulada con Asiento de Cuaderno de Obra N° 541 de fecha 10 de setiembre de 2010, respecto de la aparición de nuevos restos arqueológicos tanto en el sector de la Bocatoma y Desarenadores como en el sector del canal de alimentación.

37. Que con la carta N° 390-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 13 de setiembre de 2010 y el Asiento de Cuaderno de Obra N° 563 de fecha 14 de setiembre de 2010, el Contratista hizo acuse de recibo de la instrucción impartida por la Supervisión y de la decisión final adoptada por el Proyectista con relación a mantener el diseño contractual de los desarenadores del frente del Km. 107.

38. Que una vez más dejó constancia que las pendientes de diseño del canal de purga no son suficientes para la adecuada evacuación de los sedimentos que se obtenga en los nuevos desarenadores, por lo que cualquier defecto de servicio en los mismos no serían responsabilidad de el Contratista.

39. Que pese a que la Supervisión no dio indicaciones de cómo se superaría la interferencia con los restos arqueológicos hallados hasta la fecha en diversos sectores del proyecto, se mantuvo la restricción declarada por el Contratista, pero que pese a ella se procede inmediatamente con las actividades de movilización de provisiones y personal, dejando constancia que de presentarse restricciones que impidan el normal proceso de las obras, el mismo no será responsable de los costos que representen la inmovilización de dichos recursos, indicando también que se evaluará el impacto generado en las fechas del Cronograma.

40. Que mediante la carta N° 531-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 13 de octubre de 2010, el Contratista, remite los planos de planta y secciones transversales correspondientes a los trabajos de excavación y afrontonamiento de caverna para las cuatro naves de los desarenadores.

41. Que con el Asiento N° 748 de Cuaderno de Obra de fecha 18 de octubre de 2010, la Supervisión indica textualmente lo siguiente:

> ***"(...) como es de su conocimiento a materialización del proyecto inicial se vio de su conocimiento a materialización del proyecto inicial se vio impedida por la presencia de muros incaicos que obligaron a gestiones ante las autoridades que norman los trabajos en un área protegida como la nuestra.***

Esta situación dio lugar a la modificación del proyecto inicial pero finalmente ante la calificación por expertos arqueólogos de la autenticidad de las mismas se volvió a replantear el procedimiento constructivo considerando que las naves 7 y 8 no estaban afectadas por ningún muro (...)"

42. Que con la carta N° CSM-GyM 429/10-HJ de fecha 19 de octubre de 2010, la Supervisión, da respuesta a la Carta N° 531-10-GyM S.A.-I652/CSM, respecto de la cual indica textualmente que el planeamiento para la excavación, afrontonamiento de la caverna para los desarenadores debería estár referido a las dos últimas naves, es decir las naves 7 y 8.

43. Que en los puntos 2.3. y 2.5 de la minuta de Reunión N° 41 de fecha 19 de octubre de 2010, EGEMSA informó que de acuerdo a expresiones verbales de Arqueólogos representantes del FNC (que visitaron la zona), éstos confirman que los restos arqueológicos hallados interfieren con las naves 5 y 6 y que en efecto son muros incas (con más de 600 años de antigüedad). Informa también que viene elaborando un proyecto arqueológico para la intervención de los restos que interfieren con las naves 5 y 6.

44. Que mediante el Asiento N° 774 de fecha 23 de octubre de 2011, GyM solicitó tanto a la Supervisión como a EGEMSA que presenten un Cronograma estimado con plazos de absolución de las interferencias de los restos arqueológicos con la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores

45. Que GyM advierte que con el Asiento N° 777 de fecha 24 de octubre de 2011, informó a la Supervisión que mientras llevaba a cabo las labores de excavación y retiro de material de cobertura (suelo orgánico) del área de afrontonamiento de la caverna correspondiente a las naves 5 y 6 de desarenadores, se hallaron nuevas evidencias de presencia de restos arqueológicos (muros incas) los mismos que se encuentran identificados con las siguientes coordenadas:

MURO 1		MURO 2	
EXTREMO A	EXTREMO B	EXTREMO C	EXTREMO D
N 8541343. 357	N 8541341. 931	N 8541343. 750	N 8541339. 149
E 767230.126	E 767230. 891	E 767231. 952	E 767234. 638
COTA: 2088.158	COTA: 2088.709	COTA: 2087.828	COTA: 2087.400

47. Que, asimismo, señala que solicitó que de acuerdo a lo establecido en las Bases Integradas, se sirvan cursar traslado a EGEMSA para la correspondiente coordinación con el FNC respecto a las acciones a adoptar. Finalmente, dejó constancia que este hallazgo constituye una

notable restricción que impide la continuidad de los trabajos en las áreas descritas.

48. Que en el punto 6.3.1 de la minuta de Reunión N° 42 de fecha 27 de octubre de 2010, la Supervisión indicó que el Contratista debía presentar el método de trabajo de la excavación de las naves 5 y 6. Asimismo, EGEMSA propuso analizar la posibilidad de abrir este frente de trabajo mediante un túnel de conexión entre las naves 7 y 8 y las naves 5 y 6.
49. Que mediante el Asiento N° 801 de fecha 01 de noviembre de 2011, comunicó a la Supervisión que se concluyeron los trabajos de excavación en el ingreso a desarenadores, quedando a partir de esa fecha una nómina de equipos paralizados en espera de solución de la interferencia de los restos arqueológicos con los desarenadores 5 y 6.

50. Que, finalmente se indicó que GyM procedería conforme a lo indicado en el Asiento N° 748 de la Supervisión, de fecha 18 de octubre de 2010, donde queda claro que solo se puede ejecutar los trabajos en superficie para las naves 7 y 8 de los desarenadores, quedando en espera los trabajos que corresponden a las naves 5 y 6, por motivo de las interferencias con restos arqueológicos manifestando que éstas han sido elevadas a consulta al proyectista.

51. Que con el Asiento N° 810 de fecha 01 de noviembre de 2011, el Contratista comunicó a la Supervisión que conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM 429/10-HJ de fecha 19 de octubre de 2010 se procedió a suspender las labores en las naves 5 y 6 de los desarenadores

52. Que mediante el Asiento N° 819 de fecha 02 de noviembre de 2011, la Supervisión solicitó a GyM su cooperación con "alguna alternativa", que permita trabajar en los desarenadores 5 y 6, sin desatar los muros de andenería Inca, mientras EGEMSA, tramitaba el permiso para su retiro y posterior reposición.

53. Que por otra parte, la carta CSM-GyM 429 no significó ninguna orden de paralización de trabajos en las naves 5 y 6 de los desarenadores sino que significó que el procedimiento de trabajo presentado se refiere solamente a las naves 7 y 8, mientras que para las naves 5 y 6 el Contratista debe presentar un procedimiento con la solución de seguir con estos trabajos sin desestabilizar el área de muros Inca. Indicando finalmente que una de las soluciones ha sido propuesta en la reunión semanal del 28 de octubre de 10, que considera un túnel de conexión entre las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, que permitirá acceso a estas últimas y por lo tanto su ejecución sin paralización alguna.

54. Que en el punto 6.3.1 y 6.3.2 de la minuta de la Reunión N° 43 de fecha 03 de noviembre de 2010, GyM dejó constancia que durante la visita técnica al

KM. 107, EGEMSA había confirmado que no se ejecutaría el afrontonamiento de las naves 5 y 6 de los desarenadores a consecuencia de la existencia de los muros incas. Por su parte, alega que la Supervisión indicó que considera que las cuatro naves se deben ejecutar en simultáneo y que está a la espera de un método de trabajo que incluya la solución de acceso a las naves 5 y 6.

55. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 838 de fecha 05 de noviembre de 2011, la Supervisión respondió lo anotado por el Contratista en el Asiento N° 810, indicando que su carta CSM-GyM 429-10 no imparte orden ni sugerencia de paralización alguna de los trabajos en las naves 5 y 6.

56. Que GyM manifiesta que con Asiento de Cuaderno de Obra N° 841 de fecha 05 de noviembre de 2011, dejó constancia que en la Reunión llevada a cabo el día 03 de noviembre de 2010 en las instalaciones del frente Km. 107, con la participación del Ing. Mario Ortiz de Zevallos Jefe de Proyecto de EGEMSA, Ing. Juan Gómez como representante del Consorcio Supervisión Machupicchu y los ingenieros José Carlos Marmanillo Casapino, Cesar Zegarra Camminati, Alejandro Amenabar Velarde y Paul Ruidias Alarcon de GyM y el representante de EGEMSA, ratificó la paralización de todos los trabajos de afrontonamiento para los desarenadores de naves 5 y 6, hasta que se resuelva la interferencia con los restos arqueológicos incas.

57. Que, por otra parte, en vista que el Ing. Mario Ortiz, representante de EGEMSA solicitó durante la visita al Km. 107 que se efectuara una conexión entre las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, el Contratista solicitó a EGEMSA a través de La Supervisión que se haga pronta entrega de la ingeniería para la ejecución de este cambio, el mismo que además de generar un cambio en el Contrato, generará el correspondiente análisis y presentación del presupuesto adicional, el cual luego de ser aprobado por EGEMSA mediante la resolución, correspondiente será objeto del análisis de impacto en plazo sobre el desarrollo de los trabajos.

58. Que finalmente se indicó que la orden de paralización, concuerda con lo señalado por la Supervisión en el Asiento N° 748 del 18 de octubre y carta CSM-GyM 429/10 del 19 de octubre de 2010, en la que solo se autorizan trabajos de sostenimiento para los desarenadores 7 y 8, enfatizando que no se pudo dar inicio a los trabajos de sostenimiento para desarenadores 5 y 6 debido a la interferencia con restos arqueológicos, los mismos que por ley y contrato, son intangibles, paralizando de esa manera la ejecución de cualquier tipo de trabajo en los desarenadores 5 y 6, hasta que EGEMSA entregue la solución técnica correspondiente.

59. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 850 de fecha 08 de noviembre de 2010, dio respuesta al Asiento N° 774 de la Supervisión, indicando que su labor, en cuanto a las obras civiles se limita a la ejecución de ingeniería complementaria, más no a la elaboración de ingeniería básica, por lo que la preparación de alternativas de solución se encuentra netamente a cargo de EGEMSA a través del Proyectista. Por otra parte textualmente indica lo siguiente:

> ***"(...) hacemos propicia la oportunidad para indicar que desde el momento en que el Contratista no puede continuar regularmente con su trabajo (debido a la interferencia con restos arqueológicos, protegidos por normas penales y la Ley de Patrimonio Cultural de la Nación), se ve obligado a paralizar, por ello, siendo consciente de tal impedimento la Supervisión señala en su carta CSM-GyM 429/10 que el procedimiento de trabajo presentado por el Contratista con carta N° 521-10-GyM S.A.-1652/CSM es solo es para las naves 7 y 8 de los desarenadores. Habiendo el Contratista desarrollado dicho procedimiento de trabajo de acuerdo con el proyecto, es decir para las cuatro naves del desarenador, incluyendo las naves 5 y 6 (las que presentan las referidas interferencias).***
>
> ***En tal sentido, agradeceremos mucho remitir a la brevedad posible la resolución de EGEMSA que aprueba el cambio de ingeniería básica contractual, conteniendo la solución a la interferencia de los muros incas, respecto del cual se procederá a elaborar el presupuesto adicional, con la finalidad de evitar innecesarias dilaciones y de manera tal que se cumpla con las normas pertinentes".***

60. Que en el punto 6.3 de la minuta de la Reunión N° 44 de fechas 09 y 10 de noviembre de 2010, la Supervisión reiteró que considera que las naves 5 y 6 deben efectuarse en simultáneo. De igual manera, insistió en que necesitaba del Contratista, sus requerimientos constructivos para que sean remitidos al Proyectista y éste emita el método de trabajo correspondiente.

61. Que GyM refiere que destacó que su responsabilidad, respecto del afrontonamiento de las naves 5 y 6 culmina con la ejecución del afrontonamiento mismo y que éstas no incluyen la reposición de las condiciones iniciales del terreno.

62. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 874 de fecha 11 de noviembre de 2010, la Supervisión comunicó que los trabajos de afrontonamiento de la naves 5 y 6 de los desarenadores, ordenada por EGEMSA está

contemplada en la Cláusula Décima Octava 18.3 Suspensión de la ejecución de la obra y de acuerdo a lo tratado en la Reunión N° 44 de fecha 9 de noviembre de 2010. Además indicó que el Contratista debió presentar un plan de trabajo con la alternativa de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, con la finalidad de trabajar en las dos naves, así como remitir al Proyectista dicha alternativa para su revisión y aprobación. Por lo tanto, los trabajos de todas las naves deben seguir sin suspensión alguna y de acuerdo al plan de trabajo del Contratista.

63. Que, GyM alega que con carta N° 651-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 12 de noviembre de 2010, remitió en calidad de cooperación dos esquemas de solución para la construcción de un túnel de acceso entre las cavernas que albergarán a los desarenadores de las naves 5, 6, 7 y 8 lo que permitiría la excavación de los desarenadores 5 y 6 sin alterar el terreno natural en el cuál se encuentran los restos arqueológicos, mientras que EGEMSA continuó con la elaboración del proceso de *"anastilosis"* de los muros inca. Aclara que se hizo especial énfasis en que la ingeniería completa y metrados para cada cambio que se desee implementar en el proyecto se encuentra a cargo de EGEMSA

64. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 890 de fecha 12 de noviembre de 2010, reiteró que los trabajos de limpieza, excavación superficial y afrontonamiento de desarenador naves 5 y 6 continuaron paralizados por indicación de EGEMSA.

65. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 893 de fecha 12 de noviembre de 2010, dio atención al Asiento N° 834 de la Supervisión, indicando que lo anotado en el Asiento N° 801 tiene como finalidad dejar constancia de la paralización en el frente de trabajo correspondiente a las naves 5 y 6 de los desarenadores en vista que no se puede continuar con las excavaciones superficiales y afrontamiento para la construcción de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

66. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 895 de fecha 12 de noviembre de 2010, se reiteró que es obligación de EGEMSA dar una solución técnica a ésta interferencia con la aprobación vía resolución del correspondiente Expediente Técnico y la remisión de los metrados y documentos correspondientes.

67. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 890 de fecha 12 de noviembre de 2010, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 911 de fecha 16 de noviembre de 2010, indicó que no se trató de una paralización sino de una suspensión de trabajos de desbroce.

68. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 893 de fecha 12 de noviembre de 2010, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 913 de fecha 16 de noviembre de 2010, indicó que ningún equipo del

Contratista ha sido paralizado debido a que el Contratista conocía con anticipación suficiente que afrontonamiento no se puede iniciar por presencia de muros incas.

69. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 895 de fecha 12 de noviembre de 2010, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 915 de fecha 16 de noviembre de 2010, indicó que puede *"alterar el método de ejecución de las obras (sub el 17.2.1) y debido que el Contratista es responsable del desarrollo integral de la obra"* (sub el 6.2), se ha dado la instrucción al Contratista a presentar método de trabajo para las naves 5 y 6.

70. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 874 de fecha 11 de noviembre de la Supervisión, GyM con Asiento de Cuaderno de Obra N° 933 de fecha 21 de noviembre de 2010, indica textualmente lo siguiente:

> ***"Se deja constancia que la causal de la paralización de trabajos en las naves 5 y 6 de los desarenadores, tipificada por LA SUPERVISIÓN (en su Asiento N° 874) como una de "Fuerza Mayor o caso fortuito", no es compartida por EL CONTRATISTA. No obstante ello, se toma nota que dicho Asiento constituye la comprobación fehaciente por parte de la Supervisión del inicio de la causal de paralización por impedimento de continuidad de las obras programadas para las naves 5 y 6 de los desarenadores, debido a la existencia de interferencia de restos arqueológicos desde el 03 de noviembre de 2010, fecha en la que el propio jefe de proyecto de EGEMSA ratificó la decisión de EGEMSA de paralizar los trabajo en las referidas naves 5 y 6. Es importante mencionar que los referidos restos arqueológicos cuentan con amparo de la ley de Patrimonio Cultural de la Nación y el Código Penal que imponen como obligación el cuidado y la prohibición de dañar los mismo, por lo que tratándose de normas de orden público predominan por sobre cualquier otra instrucción en contra impartida por LA SUPERVISIÓN o por la Entidad, por lo que no es atendible el último párrafo de su Asiento N° 874. En tal sentido, queda claro que esta paralización afectará indefectiblemente la ruta crítica del proyecto (a razón de que la misma se encuentra definida por la construcción de los desarenadores) impactando así en el plazo total de ejecución de la obra.***
>
> ***Por lo expuesto además de quedar demostrado que lo estipulado en el numeral 18.3 de la cláusula décimo octava del contrato, es inaplicable se deja expresa constancia del***

inicio del cómputo de la misma causal de ampliación de plazo formulada con carta N° 432-10 GyM SA 1652/CSM de fecha 24/09/10 (la misma que por los hechos suscitados hasta la fecha, ha quedado reafirmada su procedencia)

Es así que la presente causal de ampliación de plazo se computará, hasta que EGEMSA cumpla con entregar la solución técnica a la interferencia por presencia de restos arqueológicos incas, debidamente formalizada en la correspondiente resolución de cambio de alcances contractuales con cuyo diseño aprobado se procederá a analizar el impacto en tiempo y costo, de manera oportuna.

Finalmente debemos aclarar que el Contratista no tiene por obligación contractual la elaboración y presentación de "Plan de trabajo" alguno, para efectos de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6 de los desarenadores, ello en vista que lo requerido por la Supervisión en su Asiento 874 representa un cambio de diseño al proyecto contractualmente aprobado y que cuya implementación no se encuentra dentro de nuestro alcance contractual.

Sin embargo, en aras de cooperar con EGEMSA es que se emitió un esbozo (a manera de sugerencia), con carta N° 651-10 GyM SA 1652/CSM la misma que contiene los esquemas GyM 1652-1130-0 para el túnel de acceso entre desarenadores."

71. Que en el punto 6.3 de la minuta de la Reunión N° 46 de fecha 23 de noviembre de 2010, la Supervisión informó que envió carta al Proyectista referido a la interconexión de los desarenadores 5-6 con 7-8.

72. Que GyM refiere que con Asiento de Cuaderno de Obra N° 942 de fecha 23 de noviembre, respondió lo indicado por la Supervisión en su Asiento N° 884 dejando constancia que la interpretación del Asiento 854 desconoce lo estipulado por las normas aplicables a la protección de restos arqueológicos y las normas penales, que sancionan su exposición al peligro, deterioro o daño, por lo que, señala que lo indicado en el Asiento N° 854 no obedece a una decisión unilateral del Contratista sino al cumplimiento de mandatos imperativos de normas de orden público que son de conocimiento general. Asimismo, reiteran que el plan de trabajo no debe alterar el diseño contractual y que aquello que pueda remitir el Contratista, en calidad de ayuda o colaboración, no obsta la obligación de EGEMSA de modificar el diseño contractual y dar solución a la interferencia que representan los restos arqueológicos para el avance de los trabajos en

el frente Km. 107, manteniéndolos hasta la fecha paralizados en lo que a las naves 5 y 6 de los desarenadores respecta.

73. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 951 de fecha 23 de noviembre, reiteró lo indicado en la Reunión N° 44, respecto que su responsabilidad, respecto del afrontonamiento de las naves 5 y 6 culmina con la ejecución del afrontonamiento mismo y que éstas no incluyen la reposición de las condiciones iniciales del terreno.

74. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 970 de fecha 28 de noviembre, dejó constancia que debido a las constantes precipitaciones pluviales y al desbroce efectuado, se ha alterado las condiciones de la estabilidad del terreno en el que se ubican los muros incas, generándose reptaciones que ponen en riesgo de colapso a los muros incas existentes sobre el área de las naves 5 y 6 de los futuros desarenadores. Por lo que, solicitan se sirvan informar a EGEMSA para su notificación a las autoridades pertinentes (Instituto Nacional de Cultura) a fin que se dispongan las medidas preventivas que corresponden.

75. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 933 del Contratista, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 977 de fecha 01 de diciembre de 2010, opinó lo siguiente:

> ***"El Asiento N° 933 no forma parte del Cuaderno de Obra, y puede ser presentado solamente según dispuesto en la sub el. 12.2. "Las solicitudes que se realicen como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el Cuaderno de Obra, se harán directamente a la Supervisión... por medio de comunicación escrita..." Por lo tanto se considera que la solicitud presentada con el Asiento N° 933 no ha sido recibida por parte de LA SUPERVISIÓN por carácter de validez contractual y legal.***
>
> ***Por otro lado, la Supervisión tiene la obligación de anotar en el Cuaderno de Obra las órdenes. En cumplimiento a esta obligación se indica lo siguiente: Se deja establecido que de acuerdo a lo estipulado en el sub el. 12.3 del Contrato de Obra que cuando el Contratista desea una orden escrita, deberá hacerlo dentro de los 03 días calendarios subsiguientes a la fecha de la orden de la Supervisión, caso contrario, queda sobrentendido que el Contratista acepta tácitamente la orden de la Supervisión sin derecho a reclamo posterior.***
>
> ***Por otra parte es pertinente señalar que la orden de la Supervisión no indica la ejecución de trabajos que afecten***

los restos arqueológicos, tal como insinúa erróneamente el Contratista. Al contrario y con la facultad que se le ha otorgado en la Sub el 17.2.1, está procediendo a alterar el método de ejecución de la obra prevista en el Contrato (Desarenadores) y las cantidades de trabajo estipulada, porque a su juicio existe razón suficiente para dicha alteración (hallazgo de restos arqueológicos). Esto motivo, que se solicitara expresamente que se presente por parte del Contratista un plan de trabajo con la alternativa de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, y así cometer estos dos últimos frentes de trabajo, reiterando, sin afectar los restos arqueológicos.

Aquí es pertinente que esto no es una modificación del diseño existente (contractual) sino una variación del método de ejecución de la obra, o sea un adicional al proceso constructivo, que obviamente podría implicar variar, los metrados y costos, pero estos son otro aspecto, cuyo trámite está claramente establecido en el contrato.

En cuanto a la determinación de la causal o impacto en el Cronograma de la obra, la Supervisión se pronunciará de acuerdo a lo establecido en el contrato y en la base legal bajo la cual fue firmado éste, tomando en cuenta la demora del Contratistas en atender una orden expresa de la Supervisión.

Finalmente, la Supervisión reclama que las diferencias se expongan con respeto, no tergiversando las anotaciones de la Supervisión, como se nota en este caso, donde se interpreta que la Supervisión está dando una orden que afecta los restos arqueológicos".

El Contratista pretende soslayar su obligación de dar cumplimiento a una decisión (y orden) emanada por la Supervisión, la misma que, además está apoyada en la normativa N° 13.3, aceptada por el Contratista en su Contrato, tal como de Ejecución de Obra que tiene orden de prelación sobre las Bases Integradas y su propuesta. Esta decisión se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la obligación, de todas las partes involucradas en el proyecto, de respetar el Patrimonio Cultural de la Nación amparado por el Código Penal, evitaba una paralización de las Obras sin violar las normas y es bajo este espíritu que se ordenó la continuación de los trabajos. La supuesta afectación de la ruta crítica por emisión de la orden

mencionada, puede ser determinada solamente de acuerdo a las normas vigentes plasmadas en un calendario y ningún dispositivo legal lo impide.

Es para la Supervisión irrelevante que el Contratista su calificación de Fuerza Mayor o Caso Fortuito el hallazgo imprevisto de los restos arqueológicos, en todo caso, existen las instancias respectivas para dilucidar este aspecto pero de ninguna manera sujeta a una calificación únicamente compartida entre el Contratista y la Supervisión. La opinión del Contratista de que ha demostrado que la decisión tomada por la Supervisión es inaplicable, no es tema de discusión y solo se requiere que el Contratista cumpla con las normas técnicas y legales cuyo cumplimiento demanda la Supervisión."

76. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 951 del Contratista, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 988 de fecha 02 de diciembre de 2010, indicó que el Asiento 951 no forma parte del Cuaderno de Obra. Sin embargo, menciona entre otros conceptos que la colocación de muros Incas no es obligación del Contratista.

77. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1000, el Contratista indicó que considerando el tiempo transcurrido y no habiendo recibido ninguna instrucción por parte de la Supervisión respecto a la disponibilidad del terreno para la construcción de la caverna para las naves de desarenadores 5 y 6, y considerando lo indicado el Asiento N° 933 es que se informó a la Supervisión que al estar incurriendo en mayores costos directos en razón de estar ejecutando únicamente una de las dos cavernas en forma individual y no las dos en paralelo, tal como está previsto en el Cronograma de ejecución de obra, generando improductividad en los recursos de mano de obra y equipos destinados para dichas labores y por consiguiente mayores costos. Finalmente, señala que se informó que se remitirá el expediente sobre los mayores costos indicados para su revisión y trámite de aprobación ante EGEMSA.

78. Que en el punto 2.3 de la minuta de Reunión N° 47 de fecha 07 de diciembre de 2010, GyM solicitó a la Supervisión, requerir a EGEMSA la presentación del Plan de Monitoreo Arqueológico del Km. 107.

79. Que en el punto 6.2.2, la Supervisión informó que remitió comunicación al Proyectista sobre la interconexión de las naves de los desarenadores y que tiene programada la visita del especialista para el jueves 09 de diciembre de 2010.

80. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 1000 del Contratista, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 1024 de fecha 11 de diciembre de 2010, indica que el Asiento N° 1000 no forma parte del Cuaderno de Obra.

81. Que en el punto 6.2.2 de la minuta de Reunión N° 48 de fecha 14 de diciembre de 2010, la Supervisión ofreció remitir las conclusiones del análisis del especialista del proyectista, respecto de las naves de los desarenadores 5 y 6.

82. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1060 de fecha 17 de diciembre de 2010, GyM dejó constancia que en la reunión realizada en las oficinas de la Supervisión el día domingo 12 de diciembre de 2010, el ingeniero Bemard Stabel, especialista del Proyectista, después de haber visitado el frente Km. 107 en el sector de excavación de caverna para desarenadores, entre otras recomendaciones a tener en cuenta para los trabajos subterráneos indicó que: Se puede construir las naves 5 y 6 desde el fondo de las naves 7 y 8, para lo cual realizará un propuesta para excavar las naves 5 y 6 desde el interior del macizo rocoso hacia afuera, apoyándose en el túnel exploratorio existente; el cual no debe de ser ampliado ni disturbado (la comunicación de este túnel exploratorio a las naves 5 y 6 será por una entrada que debe excavarse de forma manual).

83. Que se solicitó a la Supervisión confirmar lo recomendado por el Ing. Stabel, por los medios formales que establecen el Contrato 09-2009 a efectos de implementar su inmediata aplicación, haciéndose especial énfasis en que la demora en dicha emisión solicitada, podría generar riesgos en las excavaciones efectuadas con las consecuencias implícitas las mismas que no serán de responsabilidad del Contratista.

84. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1070 de fecha 17 de diciembre de 2010, GyM dejó constancia que EGEMSA se comprometió a designar un arqueólogo permanente en el frente Km. 107 a fin que se diera el cuidado y tratamiento correspondiente a los muros inca existentes.

85. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1071 de fecha 17 de diciembre de 2010, se dejó constancia que conforme a lo ofrecido por EGEMSA en el punto 2.3 de la minuta de la Reunión N°48 llevada a cabo el 14 de diciembre de 2010, el Contratista solicitó que se le remitan los informes o pronunciamientos oficiales del Ministerio de Cultura o del INC sobre las acciones a ser implementadas para el monitoreo de los restos arqueológicos restos arqueológicos existentes en el frente Km. 107.

86. Que con la carta N° 816-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 20 de diciembre de 2010, en armonía con lo indicado en el Asiento de Cuaderno de obra N°

1000 del Contratista, éste presentó el resumen de los costos adicionales que genera la ejecución de los desarenadores en forma "lineal" y no paralela conforme a lo presupuestado y ofertado en atención a los términos del Contrato N° 09-2009.

87. Que en el punto 6.2.2 de la minuta de Reunión N° 49 de fecha 21 de diciembre de 2010, señala que la Supervisión ofreció nuevamente remitir las conclusiones del análisis del especialista del Proyectista, respecto de las naves de los desarenadores 5 y 6.

88. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1107 de fecha 27 de diciembre de 2010, GyM dejó constancia que sigue a la espera de la remisión del informe del proyectista relacionado con la construcción de los desarenadores 5 y 6 según lo ofrecido por la Supervisión.

89. Que en el punto 6.2.2 de la minuta de Reunión N° 50 de fecha 06 de enero de 2011, afirma que la Supervisión indicó que en el transcurso de la siguiente semana (del 10 al 16 de enero de 2011) remitiría las conclusiones del análisis del especialista del Proyectista, respecto de las naves de los desarenadores 5 y 6.

90. Que con la carta N° CSM-GyM 644-JM de fecha 07 de enero de 2011, la Supervisión dio respuesta a la carta N° 816-10 GyM S.A.-1652/CSM del Contratista, indicando que la prestación adicional no se encuentra claramente identificada y que el Contratista debía ajustar la presentación de sus presupuestos adicionales a lo indicado en la Directiva N° 01-2007-CG/OEA.

91. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 51 de fecha 11 de enero de 2011, la Supervisión volvió a indicar que en el transcurso de la siguiente semana (del 17 al 24 de enero de 2011) remitiría las conclusiones del análisis del especialista del Proyectista, respecto de las naves de los desarenadores 5 y 6.

92. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 52 de fecha 18 de enero de 2011, la Supervisión volvió a indicar que en el transcurso de la siguiente semana (del 25 de enero al 01 de febrero de 2011) remitiría las conclusiones del análisis del especialista del Proyectista, respecto de las naves de los desarenadores 5 y 6.

93. Que mediante la Carta N° 066-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 19 de enero de 2011, GyM dejó constancia que sin previo aviso alguno se presentó en el frente Km. 107, el Señor Jorge Guillen quien indicó ser arqueólogo designado por EGEMSA, acompañado de cuatro (4) personas quienes a estando a su cargo para efectuar unos trabajos sobre los muros incas que interfieren con la ejecución de las naves 5 y 6 de los

desarenadores en el frente Km. 107. Asimismo, se indicó que conforme a lo informado por el Sr. Guillen, debe desarrollar durante aproximadamente 12 (doce) días los siguientes trabajos:

- Muros incas sobre los desarenadores 5 y 6.
- Retiro de manta verde, que colocamos para proteger los muros.
- Desbroce y limpieza del área donde se encuentran los muros.
- Inventariado de las rocas que puedan encontrar

94. Que dado lo acontecido y sin perjuicio que se dejó constancia que GyM se exoneró de todo tipo de responsabilidad frente a cualquier evento, incidente o accidente que pudiera ocurrir con los referidos muros incas; se solicitó a EGEMSA a través de la Supervisión, que formalice la presentación del equipo de arqueólogos que ejecutarían los trabajos descritos y que también se les remita los datos del representante del Ministerio de Cultura que se encargaría de monitorear y supervisar las labores referidas.

95. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1226 de fecha 21 de enero de 2011, GyM dejó constancia que seguía a la espera de la remisión del informe del proyectista relacionado a la construcción (excavación) de los desarenadores, naves 5 y 6 el mismo que fuera comprometido por la Supervisión en la Reunión de la referencia.

96. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1243 de fecha 26 de enero de 2011, GyM dejó constancia de la orden de la Supervisión representada por el Ing. Hugo Jaén, quien durante la reunión de campo llevada a cabo en el frente Km. 107 el día 25 de enero de 2011, dejó constancia escrita en el plano N° GyM-1652-1200-6 con la frase "Autorizado para construir" del permiso para proceder con la ejecución de los trabajos descritos en el referido plano, que consisten en la construcción de un muro seco para estabilizar el muro inca al lado izquierdo del ingreso a las naves 7 y 8 de desarenadores, conforme a lo requerido por EGEMSA en la Reunión de obra de fecha 11 de enero de 2010 y lo autorizado por la supervisión.

97. Que GyM alega que solicitó la pronta revisión y urgente conformidad del Presupuesto Adicional "Gaviones de protección para muros incas" remitido a la Supervisión con carta N° 092-11-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 25 de enero de 2011 y eleve a EGEMSA para que emita la Resolución de aprobación respectiva, antes de la ejecución de los referidos trabajos.

98. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1256 de fecha 27 de enero de 2011, GyM dejó constancia que hasta la fecha no había recibido respuesta alguna respecto del Asiento N° 1206 de fecha 17 de enero de 2011 ni la carta N° 066-11 GyM S.A 1652/CSM de fecha 19 de enero de 2011, ni la

carta N° 082-11-GyM S.A. 1652/CSM de fecha 22 de enero de 2011, las cuales fueron enviadas y recibidas por la Supervisión con copia a EGEMSA.

99. Que los trabajos de inventariado arqueológico que se vienen ejecutando en el muro inca ubicado en el frente Km. 107, se están llevando a cabo bajo el consentimiento, conocimiento, cuenta y responsabilidad de EGEMSA que hasta este momento no había tomado las medidas de seguridad necesarias, ni había dotado de los implementos básicos de seguridad a su personal arqueológico, situación que constituye una infracción a los estándares exigidos por las certificaciones internacionales de EGEMSA como OSHA 18001, por lo que ello implica también que en caso se suscitara cualquier tipo de incidente o accidente personal o bien de índole material, que pueda comprometer la intangibilidad de los muros inca, será exclusiva y total responsabilidad de EGEMSA, por lo que en caso la Supervisión considere necesario interponer sus buenos oficios queda a consideración suya emitir opinión y consejo ante EGEMSA sobre este tema y definir si procede o no el retiro del personal arqueológico de EGEMSA.

100. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 718-JM de fecha 30 de enero de 2011, la Supervisión remitió la carta N° EGE-CSM N° 048/11 emitida por EGEMSA con la que dan respuesta a la carta N° 066-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 19 de enero de 2011, indicando la entidad que la presencia del equipo arqueológico liderado por el Arqueólogo Guillen obedece al cumplimiento del compromiso asumido por EGEMSA para con el Ministerio de Cultura y la fiscalía de Machupicchu.

101. Que en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 53 de fecha 01 de febrero de 2011, la Supervisión informó de la existencia de dos alternativas de solución a la interferencia de los muros inca con la ejecución de las naves 5 y 6. Ante estas, GyM sostiene que procederá con la evaluación de impacto en costo y plazo.

102. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1314 de fecha 04 de febrero de 2011, GyM dejó constancia que en la Reunión sostenida el día miércoles 02 de febrero de 2011 en el sitio de la obra en el frente Km. 107 con presencia de los representantes de EGEMSA, CSM, se determinó modificar el trazo planteado en su carta N° 092-11-GyM S.A. 1652/CSM de fecha 25 de enero de 2011 acordándose la ejecución de un muro de gaviones de mayor longitud y pegado al cerro, dando lugar a una curva horizontal. Señala que el representante de EGEMSA dio instrucciones para que dicho muro de gaviones se ejecute lo antes posible

103. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 54 de fecha 08 de febrero de 2011, se afirma que la comunicación sobre la existencia de dos alternativas de solución a la interferencia de los muros inca con la

ejecución de las naves 5 y 6 se mantuvo tal cual se discutiera en la Reunión N° 53. Ante ello, GyM reitera que procederá con la evaluación de impacto en costo y plazo.

104. Que en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 55 de fecha 15 de febrero de 2011, se reiteró lo indicado en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 54 de fecha 08 de febrero de 2011. Señala que se acordó que el Contratista presentaría un Cronograma de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista ante la Supervisión.

105. Que con la Carta N° 203-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011, GyM dio cumplimiento a sus compromisos según lo indicado en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 55 de fecha 15 de febrero de 2011 y remitió los Cronogramas de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista en la referida Reunión.

106. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 783-HJ de fecha 21 de febrero de 2011, la Supervisión dio respuesta a la carta N° 203-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011, señalando que había brindando sus recomendaciones técnicas y solicitado que se aclaren ciertos tópicos, además de solicitar una Reunión con el Contratista a fin de aclarar las observaciones presentadas por la Supervisión.

107. Que con la Carta N° 230-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 22 de febrero de 2011, se atendieron las observaciones formuladas por la Supervisión con su carta N° CSM-GyM 783-HJ de fecha 21 de febrero de 2011, poniéndose a su disposición para efectos de llevar a cabo la Reunión Técnica requerida por la Supervisión con su carta citada en el escrito de demanda.

108. Que, además, GyM señala que en el punto 6.2.1. y 6.2.3. de la minuta de Reunión N° 56 de fecha 22 de febrero de 2011, se dejó constancia de la reunión solicitada por la Supervisión con su carta N° CSM-GyM 783-HJ. Asimismo, solicitó que se confirme la fecha de retiro de los muros inca que interfieren con la ejecución de los trabajos en el frente Km. 107. De igual manera, solicitó la presentación del plan de rescate arqueológico de los referidos muros.

109. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 57 de fecha 01 de marzo de 2011, EGEMSA comunicó que el expediente de investigación arqueológica se encontraba aprobado y que estaba pendiente de la opinión del área legal del Ministerio de Cultura, la misma que debería estar lista en un período de quince (15) días. Asimismo, señala que se indicó que el día 2 de marzo de 2011 se llevaría a cabo una reunión entre el Contratista y la Supervisión a fin de determinar la elección de la alternativa de solución para la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

110. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1366 de fecha 03 de marzo de 2011, relata que el Contratista registró la entrega de la carta N° 203-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011 con la que en calidad de cooperación remitió dos alternativas de solución para la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

111. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 58 de fecha 08 de marzo de 2011, EGEMSA reiteró que continuaba en espera de la opinión legal de la Dirección Regional del Ministerio de Cultura, sobre el expediente de investigación arqueológica.

112. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 809-JM de fecha 08 de marzo de 2011, la Supervisión remitió la carta EGE-CSM 114-11, a través de la cual la Entidad indicó que:

> **"(...) *a la fecha viene llevando a cabo las coordinaciones pertinentes con el Ministerio de Cultura y que mientras éstas continúen, es menester y necesidad comprometer a la Supervisión de manera tal que ésta pueda hallar una alternativa técnica de solución.* Sugiriendo a su vez que la misma podría ser la denominada '*alternativa c)*'; por lo que, expresa que según lo textualmente indicado por EGEMSA '*deberá ser conciliada con el Contratista*'".**

113. Que en el punto 6.2.6 de la minuta de Reunión N° 58 de fecha 08 de marzo de 2011, sostiene que la Supervisión dejó evidencia que ha propuesto una tercera alternativa para la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores y le requirió la entrega de un plan de trabajo para tales efectos.

114. Que con la Carta N° 278-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 10 de marzo de 2011, GyM refiere que el contratista dio acuse de recibo de su carta N° CSM-GyM 809-JM, respecto de la cual textualmente indicó lo siguiente:

> ***"(...) hasta la fecha no se ha dado respuesta a nuestra carta N° 230-11-GyM S.A-1652/CSM de fecha 22 de Febrero 2011, aclarando las observaciones formuladas por la Supervisión a las dos (02) alternativas de ejecución de las naves 5y6 del desarenador propuestas por el Contratista. Por otro lado, tal y como lo indica el texto de la carta EGE-CSM 114-11 de fecha 01.03.11 (dirigida a la Supervisión), EGEMSA hace referencia a la existencia de una tercera alternativa, la misma que viene siendo desarrollada por la Supervisión y que debe ser conciliada con el Contratista. Al respecto debemos indicar que el Contratista a la fecha aún no ha***

recibido de la Supervisión dicha tercera alternativa, cuyo concepto y detalles no son de conocimiento de mi representada.

En segundo lugar, desde el 02 de Marzo de 2011, el Contratista ha participado con la Supervisión y el especialista del Proyectista, Bernard Stabel, en sendas reuniones en las cuales se ha vertido diversas opiniones técnicas respecto al tema tratado en la presente carta. Las conclusiones de éstas reuniones e intercambio de opiniones profesionales aún siguen en calidad de opiniones verbales, las mismas que esperamos sean plasmadas en propuestas técnicas desarrolladas por escrito, complementadas con planos de detalle y debidamente "aprobadas para construcción" por la Supervisión y EGEMSA de manera tal que se cumpla con las formalidades del caso y se proceda con la ejecución de la tercera alternativa, de ser el caso que sea la más conveniente, y el análisis de impactos relativo a tiempo y plazo que se den a lugar.

En tercer lugar, es oportuno mencionar que a la fecha no se tiene conocimiento de las medidas que está tomando EGEMSA para efectos de dar el tratamiento que corresponde a los muros incas sobre los desarenadores y las interferencias ocasionadas por los mismos a la correcta ejecución de las obras previstas contractualmente del Km. 107; por lo que es necesario reiterar que al día de la fecha continúa vigente la causal de ampliación de plazo generada por la falta de la Entidad en no proporcionar la solución técnica a la problemática generada por la interferencia con los restos arqueológicos mencionados. "

115. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1406 de fecha 11 de marzo de 2011, la Supervisión dejó constancia de los resultados de la Reunión Técnica llevada a cabo el día 03 de marzo de 2011 en compañía de representantes de GyM, la Supervisión y el Ing. Bemhard Stabel, especialista del Proyectista. Afirma que como resultado de esta reunión la Supervisión y el Ing. Stabel concibieron una tercera alternativa a la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores. Se resaltó que la ejecución del afrontonamiento de las naves 5 y 6 sólo se podría realizar una vez que se retiren los muros inca; por otra parte, se indicó que existe la necesidad de excavar la caverna de los desarenadores 5 y 6 y que el Contratista necesitaba un ingreso independiente a la nave de los desarenadores 7 y 8 sin interrupciones. En vista de ello, refiere que la Supervisión ordenó al Contratista la ejecución de los trabajos de limpieza

del tramo del túnel existente en sus primeros 30 metros y excavar la rampa de acceso a los desarenadores 5 y 6, indicando que las partidas involucradas en el acceso será pagadas con las contractuales de 02 Bocatoma - Desarenador.

116. Que con la Carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 12 de marzo de 2011, la Supervisión indicó textualmente lo siguiente:

> ***"En atención a los documentos de las referencias y a la necesidad de dar inicio a los trabajos de excavación de los Desarenadores 5 y 6, es que en visita de trabajo el día jueves 03 de marzo de 2011, se constituyeron en la obra el Contratista y la Supervisión conjuntamente con el Especialista en Geotécnica Ing. Bernhard A.M. Stabel.***
>
> ***Durante la visita el Ing. Stabel recién pudo ver e ingresar con la suficiente iluminación al túnel auxiliar de acceso a la excavación del túnel de aducción I Fase.***
>
> ***Verificada la presencia de roca en el frontón del segundo nicho existente y los puntos de perforación donde se encontró roca, es que recomendó acceder a la nave de los desarenadores 5 y 6 desde el hastial de la intercepción del nicho y el encuentro del túnel auxiliar y la nave 7 y 8.***
>
> ***En base a lo recomendado se ha desarrollado la rampa de ingreso al desarenador 5 y 6 (ver esquema adjunto), la rampa de acceso tiene una longitud de IS.OOmy una sección de 3.50m de base y 4.00m de altura, la pendiente de la rampa es de 12%.***
>
> ***En el túnel existente se ha encontrado un volumen de 175m^3 de material que deberá ser eliminado y el volumen a ser excavado para la rampa es de 178m^3 que posiblemente sea roca tipo II o IV.***
>
> ***En vista que esta alternativa de ingreso a los desarenadores cuenta con la conciliación Contratista - Supervisión y la recomendación del Ing. Stabel, que la incidencia económica es mínima y basados en la carta CHM - 114 - 2011, es que se autoriza realizar dicha rampa y acceder a los desarenadores 5 y 6 a trabes del túnel existente y rampa, para realizar los trabajos contractuales".***

117. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1421 de fecha 13 de marzo de 2011, estando dentro del plazo concedido por la cláusula 12.3 del

Contrato, GyM refutó las consideraciones por las cuales la Supervisión ordenó el inicio de trabajos adicionales no considerados dentro de los alcances del Contrato y sin contar con resolución previa; por lo que, la orden impartida por la Supervisión contraviene las normas de contratación pública y no será atendida por el Contratista, dejando constancia que la causal de ampliación de plazo por imposibilidad de ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores aún continúa vigente.

118. Que GyM alega que con la Carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, remitió el Presupuesto adicional N° 13 denominado "Túnel de acceso al desarenador 5 y 6" para excavación de parte de las naves 5 y 6 del desarenador Km. 107, ante interferencia de los muros incas, conforme a la información proporcionada con la carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 13 de marzo de 2011; es decir, que según la alternativa N° 03 el cual consta de las Generalidades, Descripción de los Trabajos, Sustento de Metrados, Gastos Generales Propios, Presupuesto del Adicional y Afectación en Cronograma de Obra actualizado por el impacto generado por la ejecución del Adicional N° 13.

119. Que se dejó expresa constancia que con la ejecución de la excavación del túnel, conforme a la Alternativa N°03, inevitablemente se afectará la estabilidad del pilar existente entre los dos desarenadores; por lo que, permitieron recomendar "el relleno y sellado" posterior de dicho acceso provisional con dos muros de concreto armado uno a cada extremo del acceso provisional y con concreto de baja resistencia y sin armadura, el túnel de acceso provisional a construir para acceder al macizo rocoso de las naves 5 y 6 de desarenadores, alternativa que el especialista de la Supervisión deberá confirmar y validar, de manera tal que el presupuesto adicional sea posteriormente completado, toda vez que la presencia del túnel existente se constituye en un sector que pone en riesgo la estabilidad del tabique natural rocoso existente entre las cavernas de desarenadores a construir cuya solución de ingeniería deberá ser emitida por el Proyectista o a cualquier consultor que la Entidad considere conveniente, por no corresponder la misma (la solución de Ingeniería) a los alcances contractuales del Contratista.

120. Que de igual manera, mediante la carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, se dejó expresa constancia que la "Alternativa N° 3" representó una solución parcial al problema de la interferencia existente entre la ubicación definida en el Proyecto para la ejecución de las naves 5 y 6 de desarenadores y la pre existencia de restos arqueológicos ubicados en el mismo emplazamiento; por lo que, la causal de ampliación de plazo relativa a la imposibilidad de ejecutar la totalidad de los trabajos en dicho sector, continuará vigente hasta que la Entidad Licitante proporcione la solución definitiva de Ingeniería y/o cumpla con la entrega del terreno a disposición del Contratista libre de interferencias.

121. Que, así mismo, sostiene que se dejó constancia que el presupuesto no incluye la evaluación, ni estimación de la disminución de los rendimientos y productividad que acarrea la ejecución de las naves 5 y 6 del desarenador a través de este túnel, pues su ejecución conforme a los alcances de la "alternativa N° 3" se convirtió en una variación en el diseño contractual original; y por lo tanto, en un cambio en las consideraciones de la propuesta formulada por el Contratista, cuyo análisis GyM señala que se reserva el derecho de presentar en forma oportuna y con posterioridad a la aprobación del presente presupuesto.

122. Que la carta N° CSM-GyM 821-JG denota que la Supervisión procedió a atender las órdenes de EGEMSA impartidas con su carta EGE-CSM 114-2011, dando inicio al proceso de conciliación de precios respecto de la alternativa N° 3, con la remisión de dos planos en los que se muestra la rampa de ingreso al túnel existente, en función de los cuales se procedió a elaborar el análisis y formulación del presente presupuesto adicional, a fin de cooperar con el trabajo de la Supervisión y luego de su análisis y revisión, lo eleve ante la Entidad a efectos de la emisión de la resolución que las normas de contratación exigen, previa a la ejecución de los trabajos adicionales.

123. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1430 de fecha 16 de marzo de 2011, reiteró la vigencia de la causal de ampliación de plazo por imposibilidad de ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores, toda vez que la "Alternativa N° 3" representa una solución parcial al problema de la interferencia existente.

124. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1436 de fecha 18 de marzo de 2011, señala que la Supervisión erróneamente indicó que el Contratista había dado inicio a la ejecución de los trabajos instruidos en el Asiento N° 1406, suspendiéndolos luego y que (en vista que el monto del Presupuesto Adicional N° 13 es mínimo) que consideran que condicionar su ejecución a la emisión de la Resolución de aprobación de la entidad solo tiene el objeto de dilatar el inicio de los trabajos en las naves 5 y 6.

125. Que con la carta N° CSM-GyM 825-JG de fecha 19 de marzo de 2011, la Supervisión remitió sus impresiones respecto a la presentación del Presupuesto adicional N° 13, opinando que el costo es elevado.

126. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1439 de fecha 19 de marzo de 2011, el Contratista dio respuesta al Asiento N° 1436 de la Supervisión en los siguientes términos:

> ***"Dejamos constancia que las afirmaciones vertidas por la Supervisión en su Asiento de la referencia, no se ajustan a***

las exigencias legales y contractuales, por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, La paralización de los trabajos en las naves 7 y 8 de los desarenadores, obedece a que la actividad que está pendiente de ejecución es la de sostenimiento definitivo de la bóveda y hastiales, trabajos que no se pueden ejecutar ya que se encuentra pendiente la aprobación de EGEMSA del presupuesto adicional correspondiente, a través de las formalidades que la ley exige,

El proceso de aprobación oficial se ha venido dilatando ya que el presupuesto presentado con carta N° 144-11-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 06 de febrero de 2011, fue posteriormente modificado y consolidado a solicitud de la Supervisión, teniendo como resultado la remisión de la carta N° 245-11-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 28 de febrero de 2011, la misma que hasta la fecha no tiene respuesta alguna, en conclusión no es posible continuar con los trabajos en las naves 7 y 8 por consideraciones de seguridad que nos vemos impedidos de empezar a ejecutar por causas imputables a la entidad, en la demora de la emisión de la resolución que apruebe el correspondiente adicional.

Referente a los trabajos por la alternativa 3 sugerida por la Supervisión, no es cierto que el Contratista haya dado inicio a trabajo alguno, únicamente se han llevado a cabo labores preliminares de limpieza de manera tal que la zona de trabajos quede lista para la inmediata ejecución de la alternativa 3 en cuanto el presupuesto adicional N° 13, sea debidamente aprobado con las formalidades que el RLCAE exige...

Es de extrañar que la Supervisión induzca al Contratista a una franca infracción al contrato y las normas de contratación a éste aplicables, toda vez que los trabajos concernientes a la ejecución de la alternativa N° 3 no están previstos en los planos y documentos contractuales y por lo tanto no es factible su ejecución hasta que haya una resolución previa a la ejecución emitida por la Entidad, formalidad que no puede ser obviada así sea que el monto del presupuesto adicional sea "mínimo ", tal y como indican en su Asiento de la referencia..

En cuanto a la última parte de su Asiento, debemos recordar que no se encuentra dentro de las obligaciones del Contratista, proporcionar soluciones a los errores del expediente técnico ofertado por EGEMSA y que cualquier tipo de modificación o corrección al mismo se encuentra a cargo de EGEMSA, su proyectista y de ser el caso su Supervisión a quienes les corresponde a preparación, sustentación, y presentación de modificaciones al proyecto, mientras que al contratista únicamente le corresponde presentar su presupuesto adicional en función a la información entregada para tales fines, luego de lo cual es obligación de la Supervisión elaborar el correspondiente expediente e informe ante EGEMSA para que esta en sujeción a las normas de contratación estatal proceda con la aprobación mediante la emisión de resolución, en tal sentido, es cierto que han pasado 45 días durante los cuales seguimos esperando que cada parte asuma las responsabilidades que le corresponden en pro de la obra, que viene experimentando retrasos en los cuales el Contratista se ve impedido de cumplir con sus prestaciones dentro del plazo que contractual por causas imputables a la entidad.

En conclusión, la "instrucción" de la Supervisión es nula, por contravenir una norma de orden público y en tal sentido en atención al principio de libertad recogido por la propia constitución de la República, no estamos obligados a hacer lo que la ley no manda, ni impedidos de hacer lo que ésta no prohíba. En tal sentido, la reiteración de una invocación a infringir las normas de contratación públicas puede ser desatendida por El Contratista, sin perjuicio de los impactos en plazo y costo que la actual situación conlleve."

127. Que, en el punto 6.1.1 de la minuta de Reunión N° 60 de fecha 22 de marzo de 2011, EGEMSA indicó que seguía a la espera de la aprobación del expediente de investigación arqueológica y en el punto 6.1.4 solicitó que se agilice la presentación del expediente de ampliación de plazo para la ejecución del túnel de acceso a las naves 5 y 6.

128. Que en el punto 6.1.1 de la minuta de Reunión N° 61 de fecha 29 de marzo de 2011, EGEMSA indicó que seguía a la espera de la aprobación del expediente de investigación arqueológica.

129. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1490 de fecha 31 de marzo de 2011, la Supervisión indicó que al suspender la ejecución de los trabajos

de la rampa de acceso a las naves 5 y 6 de los desarenadores, el Contratista está desacatando una orden impartida por la Supervisión; por lo que, las consecuencias de este hecho serán de su entera responsabilidad.

130. Que con la carta N° CSM-GyM 873-DC de fecha 04 de abril de 2011, la Supervisión indicó que el día 30 de marzo de 2011 se hizo contacto con el hastial derecho del desarenador 6 (progresiva 0+012.80 desde el inicio de la rampa o progresiva 0+042.20 desde el inicio del túnel existente). El contacto con el hastial derecho del desarenador 6 e izquierdo de la rampa, está ubicado 0.30 m más adelante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6 (adicional 5).

131. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1550 de fecha 11 de abril de 2011, GyM dejó constancia del acaecimiento de hito que define presentación de novena ampliación de plazo y la primera solicitud de ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles EGEMSA según el siguiente tenor:

> ***"Conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM873-DC, el día 30 de marzo de 2011 se ha producido el hecho físico que da lugar al contacto con el hastial derecho del desarenador 6 que está ubicado 0.30 m más adelante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6.***
>
> ***A partir de este hito es que se da lugar a la posibilidad física de la ejecución de parte de los trabajos contractuales, correspondientes a la excavación de las naves N° 5 y 6 de los desarenadores, permitiendo con ello que la paralización de los trabajos en estas naves se resuelva de manera parcial, quedando aún pendiente de solución la interferencia en las progresivas 00+12.50 a 0+020.00 de las referidas naves, toda vez que aún se persiste la existencia de la interferencia de los muros inca, los cuales no fueron señalados en el expediente técnico del Contrato de Obra N" 009-2009.***
>
> ***Por lo expuesto, y en vista de que esta interferencia constituye una causal de ampliación de plazo que no tiene fecha próxima de solución, , al amparo de los términos del artículo 259 del RLCAE, El Contratista solicita una primera ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles***

EGEMSA, por la paralización total de la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107.

En tal sentido, procederemos a presentar dentro del plazo legal, nuestro expediente de solicitud de ampliación de plazo parcial."

132. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1551 de fecha 11 de abril de 2011, GyM dio respuesta a los Asientos N" 1430, 1434, 1490, 1493 y 1498 de la Supervisión (según corrección de numeración indicada en el Asiento N° 1512), aclarando que las opiniones de la Supervisión contravinieron abiertamente las normas de contratación que la obligan a respetar la ley y sus preceptos, es así que respeto a estas normas es que decidió "no acatar" la "orden" de la Supervisión, prefiriendo en su momento dar prioridad al irrestricto respeto de las normas de orden público que informan el contrato suscrito con la Entidad.

133. Que GyM reitera que lo indicado en su Asiento N° 1498 equivoca el concepto de nulidad, ya que esta potestad viene dada por el propio Código Civil que da de antemano por nula toda disposición en contra a las normas de orden público, como lo es la "orden de proceder" con la ejecución de un adicional que no cuenta con aprobación expresa de la Entidad, emitida por la Supervisión.

134. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1559 de fecha 11 de abril de 2011, GyM corrigió las progresivas indicadas en el Asiento N° 1550 de fecha 11 de abril de 2011, indicando que las correctas son: 00+30.00 a 00+44.00.

135. Que GyM señala que pese a que oportunamente presentaron su solicitud de ampliación de plazo y reconocimiento de mayores gastos generales por este concepto (Carta N° 418-11-GyM S.A.-1652/CSM), EGEMSA la ha rechazado sin sustento válido mediante la Resolución de Gerencia General N° 38-2011. Por ello, considera necesario dejar constancia de que una de las sociedades (Lahmeyer Agua y Energía S.A.) que a través de un Consorcio conforma al Supervisor de la Obra por parte de EGEMSA, es la misma empresa a la que EGEMSA contrató la elaboración del Expediente Técnico en calidad de "Proyectista".

136. Que entre los errados conceptos de la Resolución N° 38-2011 está el de haber calificado a los restos arqueológicos como un evento de caso fortuito, cuando si hubiese algo que pudiese ser menos previsible y ordinario que el encontrar restos arqueológicos en el Santuario de Machu Picchu.

137. Que del mismo modo, alega que EGEMSA y la Supervisión (a la vez Proyectista) yerran al invocar ciertos supuestos documentos del INC que declararían la inexistencia de restos arqueológicos en el sector; dicha declaración en nada afecta la mínima diligencia del Proyectista quien debió efectuar las constataciones de los suelos y condiciones del área donde proyectó obras específicas (desarenadores).

138. Que, más aún, GyM afirma que el propio INC declaró que en el sector existe infraestructura de EGEMSA desde años atrás; por lo que, le resulta obvio que esta última parte necesariamente debió conocer la ubicación de los restos arqueológicos. Señala que lo grave del caso es que en ningún momento advirtió de estos ni a la autoridad competente, ni a GyM y acaso ni siquiera al Proyectista.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y DE SU PRETENSIÓN ACCESORIA

1. Que, GyM argumenta que el marco contractual y legal que ampara su solicitud es el siguiente:

El TUO:

Artículo N° 6: Expediente

La Entidad llevará un expediente de todas las actuaciones del proceso de contratación o adquisición desde la decisión para adquirir o contratar hasta la culminación del contrato.

Para el caso de ejecución de obras, la Entidad deberá contar además, previa a la convocatoria del proceso de selección correspondiente, con el Expediente Técnico; el mismo que debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento, debiendo la Entidad cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.

Resulta evidente que el Expediente Técnico elaborado por EGEMSA fue erróneo, al considerar la ejecución de obras (desarenadores) sobre la ubicación de muros inca, que EGEMSA y la persona contratada por ella (el Proyectista, quien a su vez forma parte de la Supervisión) no pudieron detectar pese a su obvia preexistencia."

"Artículo N° 12: Características de los bienes, servicios y obras a adquirir o Contratar

Sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria, la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad definirá con precisión la cantidad y las características de los bienes, servicios y obras que se van a adquirir o contratar, los cuales deberán cumplir obligatoriamente con las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias nacionales si las hubiere.

Para tal efecto, antes de iniciar los procesos de adquisición o contratación coordinará con las dependencias de las cuales provienen los requerimientos y efectuará estudios o indagaciones aleatorias de las posibilidades que ofrece el mercado, según corresponda a la complejidad de la adquisición o contratación, de modo que cuente con la información para la descripción y especificaciones de los bienes, servicios u obras y para definir los valores referenciales de adquisición o contratación. Los valores referenciales no podrán ser superiores a los valores de mercado, salvo informe técnico de la Entidad emitido bajo responsabilidad.

En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indagaciones.

En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.

Artículo N° 25: Condiciones Mínimas de las Bases

Las Bases de una Licitación o Concurso Público serán aprobadas por el Titular del Pliego que lo convoca o por el funcionario designado por este último o por el Directorio en el caso de las empresas del Estado y deben contener obligatoriamente cuando menos, lo siguiente:

(...)

b) El detalle de las características de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones

Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico; (...)."

"Artículo N° 42: Adicionales, Reducciones y Ampliaciones

El Contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual."

Que en su caso, la atribución hacia EGMSA se refiere a la deficiencia del Expediente Técnico, así como a su demora en obtener las autorizaciones del Instituto Nacional de cultura y demás autoridades competentes.

El Reglamento:

"Artículo N° 28: Competencia para establecer Características Técnicas

Efectuado el requerimiento por el área usuaria, la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, en coordinación con aquella, definirá con precisión las características, la cantidad de los bienes, servicios u obras, para cuyo efecto se realizará los estudios de mercado o indagaciones según corresponda."

"Artículo N° 29: Características Técnicas

Las características técnicas deben incidir sobre los objetivos, funciones y operatividad de los bienes, servicios y ejecución de obras requeridos.

Las características técnicas deberán sujetarse a criterios de razonabilidad y objetivos congruentes con el bien, servicio u obra requerido con su costo o precio.

Los requerimientos sobre características técnicas de los bienes, servicios y ejecución de obras tendrán en cuenta las condiciones de mercado."

"Artículo N° 211: Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o

similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos. La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del Contratista."

Que, GyM señala que le resulta evidente entonces, por mandato expreso del Artículo 211° del Reglamento que EGEMSA era responsable del cambio de diseño ante el descubrimiento de los muros inca, así como de obtener las necesarias autorizaciones del INC.

El Reglamento:

"Artículo N° 250: Funciones del Inspector o Supervisor

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el Contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el Contratista según lo previsto en el Artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El Contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con ésta."

"Artículo N° 258: Causales

De conformidad con el Artículo 42 de la Ley, el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las

siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

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

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

3. ***Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada."***

"Artículo N° 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."

"Artículo N° 260: Efectos de la Modificación del Plazo Contractual

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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados."

"Artículo N° 261: Cálculos de Mayores Gastos Generales

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. (...)."

El Contrato N° 09-2009:

Cláusula Segunda: Definiciones

Obra Adicional: Obra no considerada en el Expediente Técnico de la licitación ni en el Presupuesto Contratado, pero que es necesaria y/o indispensable para la terminación de la Obra principal, y que da lugar a presupuesto adicional, de acuerdo con la LCAEy el RECAE.

Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto. Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance valorizado.

Modificación y/o Ampliación: Se refiere a todo cambio en la forma, y/o tamaño, y/o estructura de cualquier parte de la obra, las que para ser reconocidos requerirán aprobación formal de EGEMSA mediante la documentación formal correspondiente, establecida en el LCAE y el RECAE.

Plazo de Ejecución Contractual: Es el plazo que se inicia al cumplimiento de las condiciones establecidas en el RECAE y el Contrato, culminando con el consentimiento de la liquidación de obra.

Prestación: La ejecución de la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación o adquisición se regula en la Ley y el Reglamento.

Supervisión: Representante de EGEMSA encargado de LA SUPERVISIÓN de las obras civiles y electromecánicas del

proyecto "Segunda Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctríca Machupicchu".

Cláusula Cuarta: Régimen Legal - Numeral 4.1 - Numeral 4.3

El Contrato está regido por aquellas disposiciones de carácter imperativo contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCMy, sus modificatorias y ampliatorias, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y sus modificatorias y ampliatorias, y demás normas complementarias, las normas legales emitidas por CONSUCODE, Directivas de FONAFE, y en general aquellas normas legales y normas técnicas internacionales que por su contenido resultan aplicables a la relación contractual que se constituye por el presente documento. Los preceptos imperativos y pertinentes de todas esas normas, serán de aplicación ineludible y preferente incluso si discrepan del tenor del presente contrato.

(...)

En tercer lugar, las disposiciones supletorias pertinentes del código Civil Peruano y demás leyes generales del Perú.

Cláusula Décimo Séptima: Plazos y sus Ampliaciones

EL CONTRATISTA tendrá derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originaran atrasos efectivos en la ejecución de las obras.

LA SUPERVISIÓN podrá ordenar a EL CONTRATISTA, además de lo contratado, otras obras y trabajos que éste pueda ejecutar con su equipo y personal y relacionados con los requerimientos generales de LA OBRA, queda expresamente entendido que las modificaciones de trabajo, en ningún caso podrán considerarse como "Obras Adicionales". Cada obra adicional será encomendada al CONTRATISTA con autorización expresa de EGEMSA y con 'Orden de Proceder' de LA SUPERVISIÓN.

La Orden de Proceder para obras adicionales adjuntará las especificaciones de los trabajos a ejecutar, indicando su fecha de terminación, así como sus precios y forma de medición y pago.

El Cronograma de Avance de obra no podrá ser modificado sino mediante resolución de EGEMSA, ante la solicitud del Contratista de modificar dicho programa, previa evaluación y recomendación por LA SUPERVISIÓN, de acuerdo con el artículo 42 de la LCAE y los artículos 258, 259 y 260 del RECAE."

Las Bases Integradas de la Licitación Pública LP-01-2008

Numeral 10. Ampliaciones de Plazo

El Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

- ***Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.***
- ***Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.***
- ***Caso fortuito o fuerzas mayores debidamente comprobadas.***

Para que proceda una ampliación de plazo, deberá observarse el procedimiento y plazos regulados en el Reglamento.
La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del Calendario de Avance de Obra.

Numeral 11. Efectos de la Ampliación de Plazo

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. Serán de aplicación las disposiciones del Reglamento.
En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra, por causas no atribuibles al

contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

Especificaciones Técnicas Obras Civiles (en adelante, LAS EETT) – Numeral 5.11 Hallazgos y Sitios Arqueológicos.

Todos los yacimientos de minerales así como de fósiles, huacos, tumbas con su contenido y ruinas y demás objetos de valor arqueológico que se descubran en el lugar de las obras y cuyo hallazgo, preservaciones o explotación son de propiedad o reserva del Estado Peruano, no podrán ser destruidos, retirados o explotados sin autorización expresa de la autoridad competente.

El Contratista adoptará medidas apropiadas y tomará las precauciones necesarias para evitar que su personal retire o malogren dichos objetos.

EGEMSA es responsable de todas las coordinaciones que sean necesarias con el INC.

Absolución de Consultas

Absolución de Consulta N" 14 Participante N" 03

Hallazgos y Sitios Arqueológicos (página 35 de 65)
Favor confirmar que EGEMSA tiene la Resolución respectiva del INC sobre No Afectación de Restos Arqueológicos de todo el Proyecto.
RESPUESTA.
El Comité Especial aclara que EGEMSA es responsable de todas las coordinaciones que sean necesarias con el INC.

Absolución de Consulta N" 62 Participante N° 04

Referencia: Expediente Técnico
Tema: Términos de Referencia.
De acuerdo a lo establecido en los Términos de Referencia Parte III, Especificaciones Técnicas de Obras Civiles, en el punto 5.11 Hallazgos y Sitios arqueológicos, indica que "Todos los yacimientos de minerales así como de fósiles, huacos, tumbas con su contenido y ruinas y demás objetos de valor arqueológico que se descubran en el lugar de las obras y cuyo hallazgo, preservaciones o explotación son de propiedad o reserva del Estado Peruano, no podrán

ser destruidos, retirados o explotados sin autorización expresa de la autoridad competente. El Contratista adoptará medidas apropiadas y tomará las precauciones necesarias para evitar que su personal retire o malogren dichos objetos". Confirmar que en el caso se encontrase con restos arqueológicos en el lugar de construcción y se paralizará los trabajos, EGEMSA reconocerá los gastos en que se incurriría, así como las modificaciones en la programación.
RESPUESTA.
El Comité Especial confirma que en caso de paralizaciones se aplicará lo dispuesto en el artículo 42 del LCAE y los artículos 258 y 259 del RECAE."

Ley N° 28296 "Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación"

"Artículo N° 22

Toda obra pública o privada de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, requiere para su ejecución de la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura.

Es nula la licencia municipal que carezca de dicha autorización, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan.

El Instituto Nacional de Cultura queda facultado para disponer la paralización y/o demolición de la obra no autorizada, de la que se ejecute contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas y de las que afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al Patrimonio Cultural de la Nación, solicitando el auxilio de la fuerza pública, en caso de ser necesario.

Las paralizaciones de obra y las demoliciones que ordene el Instituto Nacional de Cultura, se ejecutarán por la vía coactiva y todo gasto que se irrogue será asumido por los infractores. La orden de paralización de obra o de demolición a que se refiere esta Ley, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior a la

agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada, correspondiendo a dicha entidad ejercer las acciones legales necesarias.

En los casos en que se compruebe la destrucción o alteración de un inmueble sometido al régimen que prevé esta Ley, los organismos competentes darán cuenta al Ministerio Público para que inicie la acción penal correspondiente.

Artículo N° 49

49.1 Sin perjuicio de las penas que imponga el Código Penal por delitos cometidos contra el Patrimonio Cultural de la Nación y en concordancia con las leyes de la materia, el Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, según corresponda, quedan facultados para imponer las siguientes sanciones administrativas:

Multa al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación que no haya solicitado el registro del bien ante el organismo competente.
Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación en caso de dolo o negligencia, declarada por el organismo competente, en caso de daño al mismo.
Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor y/o al propietario de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación cuya salida se intente sin autorización o certificación que descarte su condición de tal.
Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor de un bien cultural de otro país que intente introducirlo en el Perú sin la certificación que autorice su salida del país de origen.
Multa a quien promueva y realice excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, o altere bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación sin tener la autorización correspondiente del Instituto Nacional de Cultura o la certificación que descarte la condición de bien cultural, sin perjuicio del decomiso de los instrumentos, medios de carga y transporte utilizados.

Paralización y/o demolición de obra pública o privada ejecutada en inmueble integrante o vinculado al Patrimonio Cultural de la Nación cuando se realiza sin contar con la autorización previa o cuando contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpliéndose las especificaciones técnicas aprobadas por el Instituto Nacional de Cultura.
Multa por incumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente Ley y las que se establezcan en el reglamento.

49.2 Todo bien incautado será remitido al organismo competente para la evaluación correspondiente y efectuar el posterior decomiso o devolución, según corresponda.

Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, Título VII: Delitos contra el Patrimonio Cultural

Artículo N° 226.- Atentados contra monumentos arqueológicos

El que se asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostente sobre el terreno donde aquél se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

Artículo N° 230.- Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales

El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

2. Que conforme a lo establecido en las normas de contratación pública es que el Contratista procedió a presentar su solicitud de Ampliación de plazo N° 9 y primera ampliación de plazo parcial por la causal de *"atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad*

contratante" estipulada tanto en el artículo 42° del TUO como en el numeral 2) del artículo 258° del Reglamento.

3. Que la presente causal se da a consecuencia que EGEMSA licitó un proyecto que no cumplió con las exigencias de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hecho que se corroboró con el hallazgo de restos arqueológicos los cuales generaron una manifiesta imposibilidad de ejecutar las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107, debiéndose recurrir a la búsqueda y preparación de alternativas de solución a la interferencia de restos arqueológicos que por ley y normas penales son intangibles.

4. Que dada la evaluación de las implicancias de la ejecución del proyecto conforme a los términos del Contrato y en función a las especificaciones técnicas de sus bases y el expediente técnico es que con ayuda y cooperación constante del Contratista, tanto el Proyectista (a través de su experto, Ing. Bemhard Stabel) como la Supervisión y EGEMSA, procedieron con la revisión y análisis de alternativas de solución, decidiendo recomendar y aprobar la ejecución de la denominada 'alternativa c' o 'alternativa 3' la misma que dio origen a un presupuesto adicional que permita construir un acceso a las naves 5 y 6 a través de las naves 7 y 8, de manera tal que se pueda ejecutar parte de los trabajos contractuales, dejando pendiente la ejecución de los trabajos de afrontonamiento, hasta que finalmente se dé lugar a una solución definitiva a la interferencia de los muros incas, que concluya con su retiro y trabajos de *anastilosis* a cargo de EGEMSA.

5. Que habiéndose producido el hito físico de acceso a las naves 5 y 6 a través de las naves 7 y 8 y en tanto que interferencia anteriormente descrita constituye una causal de ampliación de plazo que no tiene fecha próxima de solución, al amparo de los términos del artículo 259 del RLCAE, GyM solicitó una primera ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA, por la paralización total de la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107, cuyo análisis y sustentación técnica y legal se desarrolla en los puntos siguientes. Señala que por desgracia, EGEMSA sin sustento rechazó dicha solicitud de ampliación de plazo, lo que motivó la Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Accesoria en este proceso arbitral.

6. Que GyM argumenta que su Segunda Pretensión Principal se sustenta en su Novena solicitud de Ampliación de Plazo y en la Primera Ampliación de Plazo parcial, por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA, a consecuencia que por haberse licitado un expediente con serios errores de diseño que no advirtió la existencia de restos arqueológicos. Aclara que dichos restos interfieren

seriamente (imposibilitando) la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107, lo que genera consigo la elaboración de un presupuesto adicional para la ejecución de un túnel de acceso que conecte las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, siendo finalmente excavadas éstas últimas a través de las primeras.

7. Que, considera oportuno mencionar que conforme al TUO (en sus artículos 6°, 12° y 25°) y el Reglamento (en sus artículos 28° y 29°) EGEMSA es responsable de cautelar la adecuada formulación del expediente técnico *"al fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obra"*.

8. Que por otra parte, GyM afirma que EGEMSA a través de su área usuaria o su dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones y en coordinación con ella, debió - además de definir con precisión los objetivos y funciones de la obra-, verificar la operatividad y viabilidad de la misma empleando un criterio de razonabilidad y diligencia que no se puede apreciar en la aprobación de un diseño que proyectó obras de vital importancia como lo son las naves de los desarenadores, en una zona dónde se encuentran restos arqueológicos (que con un adecuado estudio y trabajo de simple desbroce habrían sido fácilmente detectables) decide aprobarlo y licitarlo públicamente.

9. Que además de ello, GyM alega que conforme al artículo 12° del TUO, EGEMSA debió (teniendo en cuenta la complejidad de obra) ordenar la elaboración de estudios completos y suficientes que permitan contar con la información necesaria para la ejecución de la obra, sobre todo atendiendo lo que textualmente indica el tercer y cuarto párrafo del referido artículo 12° del TUO:

> ***"En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán <u>estudios previos y no indagaciones</u>. (...). En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra. (...) ".***

10. Que este último texto coincide en espíritu con lo estipulado en el artículo 25| del TUO y que en el caso de la licitación que originó la suscripción del Contrato no se ha cumplido, en tanto que el terreno sobre el cual, GyM como Contratista, debía construir los desarenadores no se encuentra disponible, ya que muestra la existencia de fallas geológicas y estructurales de tal dimensión que impidió la ejecución de los trabajos contractualmente pactados.

11. Que en tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 21° del Reglamento, EGEMSA es responsable de los estudios, informes o similares que integran las Especificaciones Técnicas del Proyecto.

12. Que la causal anteriormente descrita se encuentra estipulada tanto en las Bases, así como en el Contrato, el TUO y el Reglamento, según cada una de las partes pertinentes citadas textualmente en el acápite denominado Marco Legal y Contractual.

13. Que las Bases en el Punto 10 describen las causales bajo las cuales es procedente una ampliación de plazo, entre las cuales se encuentra claramente establecido que el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado, siempre que el calendario de avance de obra vigente sufra atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones (tal y como señala que sucede en el presente caso) por causas atribuibles a la Entidad, para cuyo reclamo se deberá observar el procedimiento y plazos regulados en el Reglamento.

14. Que por su parte, el punto 11 que regula los efectos de la ampliación del plazo contractual, establece que uno de los efectos es el pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario.

15. Que de igual manera, señala que el Contrato, en el numeral 17.1.10 de la Cláusula Décimo Séptima estipula que el contratista, tiene derecho a prórrogas de plazos contractuales cuando el calendario de avance de obra se afecta por razones no atribuibles a él, las que generen atrasos efectivos en la ejecución de la obra, estableciendo también en su numeral y el 17.4.1 que el Cronograma de Avance de Obra no podrá ser modificado sino mediante resolución de EGEMSA, ante la solicitud del Contratista, previa evaluación de la Supervisión según lo establecido en el artículo 42° del TUO y los artículos 258°, 259° y 260° del Reglamento

16. Que como conclusión del análisis de los numerales y cláusulas contractuales citadas, se puede apreciar que al igual que las Bases, el Contrato reconoce el derecho del Contratista al otorgamiento de ampliaciones de plazo bajo los mismos supuestos, procedimientos y plazos regulados en el Reglamento.

17. Que en lo que al TUO respecta, el artículo 42° (en la parte pertinente), regula el derecho del contratista a solicitar ampliaciones de plazo en tres situaciones distintas, entre las cuales se encuentra el atraso en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad contratante.

18. Que al igual que el artículo 42° del TUO, GyM señala que el Reglamento en el artículo 258° regula expresamente como causal de ampliación de plazo los atrasos generados en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

19. Que es así que en cumplimiento de los numerales 6.6 y 6.9 de la Cláusula Sexta del Contrato, que imponen el irrestricto respeto a las normas generales y administrativas con especial énfasis en las que se refieren a la preservación del medio ambiente y no afectación directa de restos arqueológicos", se dio oportuno aviso y solicitó (mediante anotación en el Cuaderno de Obra N° 541 de fecha 10 de setiembre de 2010) a EGEMSA y la Supervisión se impartan instrucciones a el Contratista respecto de la existencia de nuevos restos arqueológicos en la zona de ejecución de trabajos en el frente Km. 107.

20. Que EGEMSA informó que de acuerdo a expresiones verbales de Arqueólogos representantes del INC (que visitaron la zona) éstos confirman que los restos arqueológicos hallados interfieren con las naves 5 y 6 y que en efecto son muros incas (con más de 600 años de antigüedad).

21. Que en tanto se trata de restos arqueológicos que cuentan con el amparo de la Ley de Patrimonio Cultural de la Nación y el Código Penal que imponen como obligación el cuidado y la prohibición de dañar los mismos, se procedió a paralizar todo tipo de actividades que pudieran poner en riesgo los referidos restos.

22. Que esta decisión fue ratificada por EGEMSA a través de su Jefe de Proyecto, quien confirmó que no se ejecutará el afrontonamiento de las naves 5 y 6 de los desarenadores a consecuencia de la existencia de los muros incas, solicitando a EGEMSA analizar la posibilidad de ejecutar los trabajos en las naves 5 y 6 mediante un túnel de conexión entre éstas y las naves 7 y 8. Sostiene que como es lógico, el Contratista solicitó a EGEMSA a través de la Supervisión que se haga pronta entrega de la ingeniería para la ejecución de este cambio, el mismo que además de generar un cambio en el Contrato, generaría el correspondiente análisis y presentación del presupuesto adicional, el cual luego de ser aprobado por EGEMSA mediante la resolución correspondiente sería objeto del análisis de impacto en plazo sobre el desarrollo de los trabajos.

23. Que no obstante lo anterior, la Supervisión decidió con Asiento de Cuaderno de Obra N° 874 de fecha 11 de noviembre de 2010 tipificar la "orden" EGEMSA como contemplada en la Cláusula Décima Octava 18.3 Suspensión de la ejecución de la obra y de acuerdo a lo tratado en Reunión N° 44 de fecha 9 de noviembre de 2010. Además indicó que el Contratista "debe" presentar un plan de trabajo con la alternativa de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, con la finalidad de trabajar en las dos

naves en simultáneo, así como remitir al Proyectista dicha alternativa para su revisión y aprobación.

24. Que las afirmaciones vertidas por la Supervisión, ameritaban una respuesta inmediata del Contratista, en vista que no se encuentra dentro de las obligaciones del Contratista dar solución a los errores en el expediente licitado por EGEMSA, motivo por el cual aclara que el Contratista no tiene por obligación contractual la elaboración y presentación del "Plan de Trabajo" alguno para efectos de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6 de los desarenadores, ello en vista que lo requerido por la Supervisión en su Asiento N° 874 representa un cambio de diseño al proyecto contractualmente aprobado y cuya implementación no se encuentra dentro de su alcance contractual.

25. Que conforme al TUO (en sus artículos 6°, 12° y 25°) y el Reglamento (en sus artículos 28° y 29°) EGEMSA es responsable de cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.

26. Que, por otra parte, GyM advierte que EGEMSA a través de su *área usuaria o su dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones* y en coordinación con ella, debió - además de definir con precisión los objetivos y funciones de la obra-, verificar la operatividad y viabilidad de la misma empleando un criterio de razonabilidad y diligencia que no se puede apreciar en la aprobación de un diseño de trabajos en el Km. 107, que se pretende sea ejecutado sobre restos arqueológicos.

27. Que conforme al artículo 12° del TUO, EGEMSA debió (teniendo en cuenta la complejidad de obra) ordenar la elaboración de estudios completos y suficientes que permitan contar con la información necesaria para la ejecución de la obra, sobre todo atendiendo lo que textualmente indica el tercer y cuarto párrafo del referido artículo 12°:

> ***"En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indagaciones." "En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra. (...).".***

28. Que este último texto coincide en espíritu con lo estipulado en el artículo 25° de la Ley, y que en el caso de la licitación que originó la suscripción del Contrato, no se ha cumplido en tanto que el terreno sobre el cual el Contratista debía construir los desarenadores, no se encuentra disponible, ya que muestra interferencias de restos arqueológicos que fueron

descubiertos, sin mayor trabajo arqueológico o técnico que un simple desbroce y levantamiento topográfico. En tal sentido, indica que conforme a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento, EGEMSA es responsable de los estudios, informes o similares que integran las EETT del proyecto.

29. Que pese a toda aclaración efectuada en el Cuaderno de Obra y cartas remitidas a la Supervisión, ésta insistió equivocadamente en que la no ejecución de obras sobre las naves 5 y 6 de los desarenadores obedecería a una decisión unilateral del Contratista, y de manera errada (en su Asiento de Cuaderno de Obra N° 977) invoca la Cláusula 17.2.1 del Contrato, para efectos de "alterar" el método de ejecución de la obra prevista en el Contrato (Desarenadores) y las cantidades de trabajo estipuladas, porque a su juicio existe razón suficiente para dicha alteración (hallazgo de restos arqueológicos). Considerando dicha cláusula como asidero suficiente para exigir al Contratista la presentación de un plan de trabajo con la alternativa de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, y así acometer estos dos últimos frentes de trabajo, reiterando, sin afectar los restos arqueológicos.

30. Que la lectura que hace la Supervisión del Contrato, se divorcia por completo de las facultades irrogadas legalmente a ésta por el legislador en el artículo 250° del Reglamento, no permitiéndole modificar ni ordenar cambio alguno a los términos contractuales.

31. Que GyM señala que sin perjuicio de todo lo anterior y en el claro afán de cooperar con una pronta solución al claro error del Expediente Técnico de la Licitación es que mediante la carta N° 203-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011, remitió los Cronogramas de ejecución de las dos alternativas que expuso.

32. Que manifiesta que luego de sendas comunicaciones y coordinaciones entre la Supervisión y el Contratista, incluyendo una visita del especialista del Proyectista de EGEMSA, GyM remitió la carta CSM-GyM 809-JM de fecha 08 de marzo de 2011 y la Supervisión remitió la carta EGE-CSM 114-11, a través de la cual la Entidad indicó lo siguiente:

> **"(...) *a la fecha viene llevando a cabo las coordinaciones pertinentes con el Ministerio de Cultura y que mientras éstas continúen, es menester y necesidad comprometer a la Supervisión de manera tal que ésta pueda hallar una alternativa técnica de solución".* Sugiriendo a su vez que la misma podría ser la denominada "alternativa c)", por lo que según lo textualmente indicado por EGEMSA *"deberá ser conciliada con el Contratista".***

33. Que la alternativa finalmente elegida por EGEMSA constituye claramente un trabajo adicional, asimismo, GyM considera oportuno mencionar que conforme a lo establecido en el artículo 42° del TUO, los adicionales en un contrato de obra pública son procedentes siempre y cuando sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato y en tanto la necesidad resultara de errores en el expediente técnico, omisiones, deficiencias o situaciones imprevisibles tal y como indica la Contraloría General de la República.

34. Que mediante la Carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, GyM Contratista remitió el Presupuesto Adicional N° 13 denominado "Túnel de acceso al desarenador 5 y 6" para excavación de parte de las naves 5 y 6 del desarenador Km. 107, ante interferencia de los muros incas, conforme a la información proporcionada con la carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 13 de marzo de 2011; es decir, según la alternativa N° 03, la misma que únicamente representa una solución parcial al problema de la interferencia existente entre la ubicación definida en el Proyecto para la ejecución de las naves 5 y 6 de desarenadores y la pre existencia de restos arqueológicos ubicados en el mismo emplazamiento; por lo que, la causal de ampliación de plazo relativa a la imposibilidad de ejecutar la totalidad de los trabajos en dicho sector, continuará vigente hasta que la Entidad proporcione la solución definitiva de Ingeniería y/o cumpla con la entrega del terreno a disposición del Contratista libre de interferencias.

35. Que GyM señala que hizo constar que pese a que la Supervisión no dio indicaciones de cómo se superararía la interferencia con los restos arqueológicos hallados hasta la fecha en diversos sectores del proyecto, se mantiene la restricción declarada por el Contratista, por lo que éste procederá inmediatamente con las actividades de movilización de provisiones y personal, indicando también que se evaluará el impacto generado en las fechas del Cronograma, cuyo resultado señala que harán llegar oportunamente, pues no ejecutará obras adicionales de no contar con la debida resolución de EGEMSA. Lo que conllevaría, por ejemplo, a la paralización de la obra cuando se encuentren interferencias arqueológicas las cuales según la LGPC son intangibles y su destrucción está sancionada administrativa y penalmente.

36. Que con la carta N° CSM-GyM 873-DC de fecha 04 de abril de 2011, la Supervisión indicó que el día 30 de marzo de 2011 se hizo contacto con el hastial derecho del desarenador 6 (progresiva 0+012.80 desde el inicio de la rampa o progresiva 0+042.20 desde el inicio del túnel existente). El contacto con el hastial derecho del desarenador 6 e izquierdo de la rampa, está ubicado 0.30 m más adelante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6 (Adicional 5).

37. Que teniendo en cuenta que el contrato define "prestación" como "la ejecución de la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación o adquisición se regula en la Ley y el Reglamento", resulta evidente que desde el día 30 de enero de 2010, fecha en la cual se debieron iniciar los trabajos en las cuatro naves de los desarenadores y hasta la conjuración de la imposibilidad de ejecutar los trabajos en las naves 5 y 6 por la existencia de muros incas, el Contratista se vio impedido de cumplir con sus prestaciones contractuales a consecuencia de un expediente defectuoso, el mismo que pese a haber sido expuesto como tal ante EGEMSA, (ante el primer hallazgo de muros incas en el mes de octubre de 2009), ésta decidió ratificar su ejecución el 10 de setiembre de 2010 sin dar una solución a la preexistencia de los referidos restos arqueológicos que continuaron impidiendo la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

38. Que EGEMSA como entidad pública debe no sólo efectuar un análisis de costos sino también de validez y procedencia legal de todo adicional, ello en armonía con lo dispuesto por las normas de contraloría, en especial la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra".

39. Que, en tal sentido, ya que le son aplicables los criterios establecidos por la Contraloría General de la República, es que únicamente EGEMSA puede aprobar adicionales de obra conforme a lo dispuesto en el punto 4 de las disposiciones generales de la citada resolución de contraloría, que textualmente indica:

> ***Causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra***
>
> ***Procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos orisinados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:***
>
> - ***Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.***
> - ***Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra.***

40. Que conforme a lo expuesto, resulta evidente que EGEMSA ha licitado un Expediente Técnico que contiene un error o deficiencia en cuanto a la suficiencia de los estudios que debió ejecutar el Proyectista de manera tal que la proyección de ejecución de los desarenadores no se halle sobre restos arqueológicos fácilmente "descubiertos" con un simple desbroce.

41. Que queda probado y sustentado que la causal aplicable para la solicitud de ampliación de plazo es la causal regulada en el numeral 2) del artículo 258° del Reglamento; es decir, retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la entidad (en su caso, EGEMSA). Asimismo, afirma que queda demostrado que la denegatoria de la Supervisión (parte interesada al ser la propia Proyectista a su vez) y de EGEMSA ha sido del todo arbitraria.

42. Que en cuanto al procedimiento, considera que es imperativo seguir lo establecido en el artículo 259° del Reglamento que en las partes pertinentes establece lo siguiente:

> ***"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. (...). "***

43. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1550 de fecha 11 de abril de 2011, se dejó constancia del acaecimiento de hito que define la presentación de la Novena Ampliación de Plazo y la primera solicitud de Ampliación de Plazo Parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA, ello en vista que la solución definitiva a la existencia de muros incas aún no tiene fecha probable de conclusión.

44. Que una vez cumplida la formalidad exigida por el artículo 259° del Reglamento, aplicable al Contrato y habiendo identificado que la causal aplicable al caso es la signada con el numeral 2 del artículo 258° del

referido Reglamento, pasan a analizar los efectos de dicha causal que se encuentran descritos de manera taxativa en el artículo 260° en los términos siguientes:

> ***"Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual***
> ***Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al paso 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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados. (...)"***

45. Que, GyM sostiene que como se puede apreciar, el primer párrafo del artículo 260° establece por regla que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario; es decir, aplicando la fórmula del gasto general diario.

46. Que únicamente en su segundo párrafo se establece una excepción a la regla de la forma de pago de mayores gastos generales, ésta se limita a los casos de ampliación de plazo por causas no atribuibles al contratista, (causal que se condice con lo establecido en el numeral 1 del artículo 258° y la primera parte del cuarto párrafo del artículo 42° del TUO, ambos no aplicables a la presenta solicitud) ,en cuyo caso, la Entidad debe pagar los mayores gastos generales debidamente acreditados; dejando la aplicación de la fórmula del mayor gasto general como forma de pago para los casos de ampliación de plazo por caso fortuito o fuerza mayor y por retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la Entidad, supuesto de hecho que calza con la orden impartida por EGEMSA.

47. Que, considera que corresponde entonces al Contratista, el reconocimiento de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación de plazo aplicando la fórmula del gasto general diario, conforme a lo establecido en el artículo 261 que textualmente indica:

> ***"Artículo 261.- Cálculo de Mayores Gastos Generales***
>
> ***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. (...)"***

48. Que, por lo expuesto, GyM afirma que ha quedado claro y sustentado que existe el derecho del Contratista de requerir una ampliación de plazo en la ejecución de obra, a consecuencia de los retrasos en la ejecución de sus prestaciones imputables a EGEMSA.

49. Que a continuación se muestra una explicación detallada de la determinación (cuantificación) del número de días que debe otorgarse en función a la afectación de las condicionantes (predecesoras y/o sucesoras) de actividades vinculadas a la ejecución de los trabajos en el Desarenador (Naves 05 y 06) y que impactan en el Cronograma de la obra modificando la fecha final del proyecto.

50. Que para tales efectos, considera que se debe tener en cuenta el marco contractual, que en su numeral 17.1.10 textualmente establece:

> ***"El Contratista tendrá derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originen atrasos efectivos en la ejecución de las obras".***

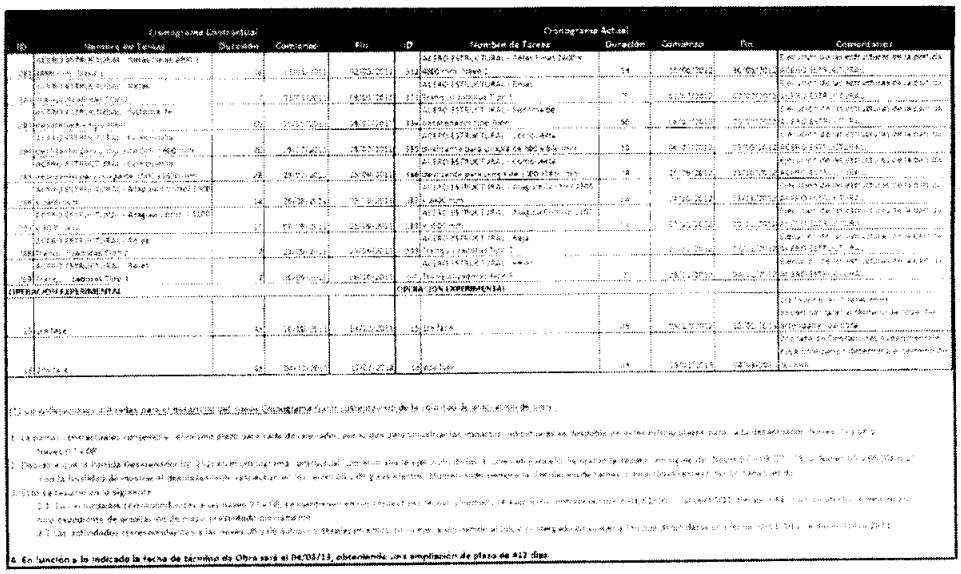
51. Que GyM manifiesta que el Diagrama Gantt acorde con el nuevo Calendario de Avance de Obra adjunto a su solicitud de Ampliación de Plazo N° 9, así como a la presente demanda (en Formato A3), cuyo inicio contractual aprobado es el 17 de julio del 2009 y finaliza el 4 de marzo del 2013, presenta una nueva ruta crítica compuesta por las actividades descritas en el Cuadro N°01 generada por la modificación del inicio de trabajos del Desarenador (Naves 05 y 06), debido a la paralización de 425 días por interferencia de restos arqueológicos en la zona de trabajo. Asimismo, menciona que la Supervisión a través de su carta N° CSM-GyM 873-DC del día 04 de abril de 2011 consiente el inicio de estos trabajos el día 30 de marzo del 2011. Dados los hechos en la carta comentados y detallados en el sustento legal del presente expediente, se considera este acto como hito de solución parcial a la paralización.

52. Que, a continuación GyM muestra un detalle de las actividades que se encuentran en ruta crítica:

    - Cuadro N° 01: Actividades que se encuentran en la ruta crítica.

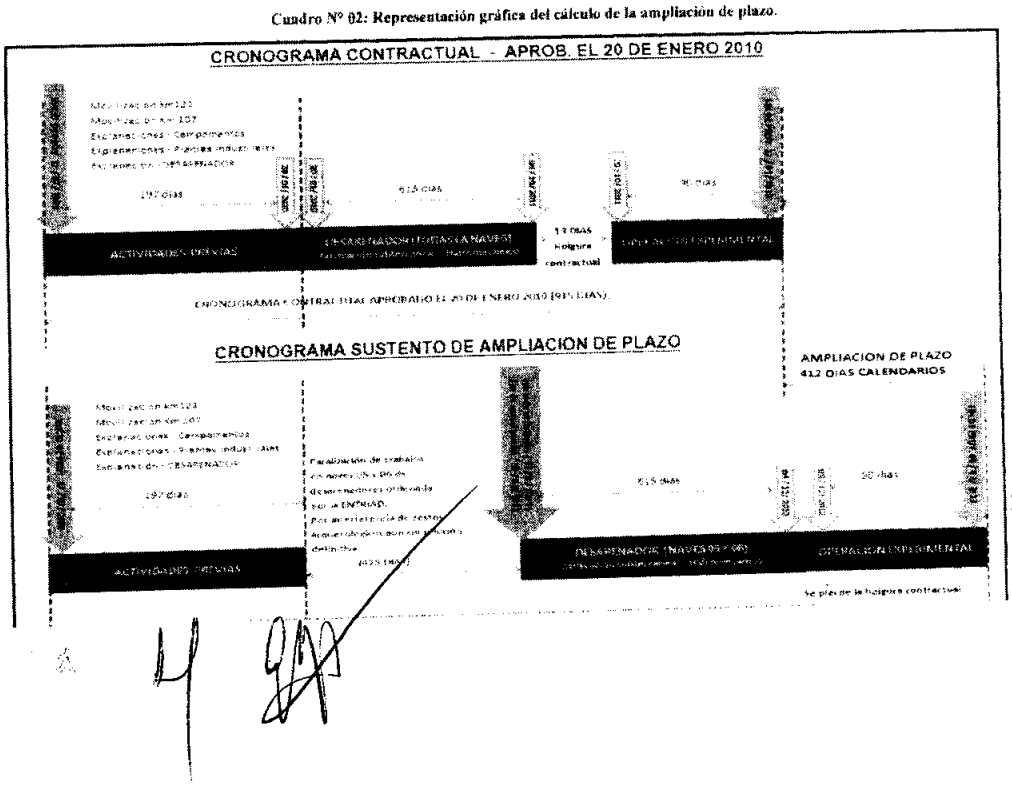
- Cuadro N° 02: Representación gráfica del cálculo de la ampliación de plazo.

Cuadro N° 01: Actividades que se encuentran en la ruta crítica



Cuadro N° 02: Representación gráfica del cálculo de la ampliación de plazo

Cuadro N° 02: Representación gráfica del cálculo de la ampliación de plazo.



53. Que de acuerdo a lo mostrado en el Cuadro N° 02, la nueva fecha de término del proyecto es el 04 de marzo del 2013, tomando como base el Cronograma contractual vigente, aprobado con fecha 20 de enero de 2010, el cual tiene como fecha de término el 17 de enero del 2012. Señala que conforme a ello se tiene una ampliación de plazo correspondiente a 412 días.

54. Que del análisis del Cuadro N° 01 se puede determinar que las partidas que forman la nueva ruta crítica en el nuevo Calendario de Avance de Obra están relacionadas a las movilizaciones en el Km. 107 y el Km. 122, los trabajos de construcción de infraestructura en campamento y plantas industriales, los trabajos en los desarenadores y la Operación Experimental correspondiente. A continuación, GyM hace una descripción de dichas actividades.

Descripción de la afectación en las actividades involucradas:

Actividades previas (no sufrieron afectación)

ID 30 - Movilización Km. 122:

Consiste en la movilización de los recursos relacionados a los trabajos de Infraestructura (Movilización de recursos para construcción de campamentos y plantas industriales) en el Km. 122.
Fecha de inicio 17 de Julio de 2009.
Fecha de término 15 de agosto de 09.
Duración de 30 días.

ID 31 - Movilización Km. 107;

De manera similar al ID30 pero en el sector del Km. 107.
Fecha de inicio 31 de agosto de 2009.
Fecha de término 29 de setiembre de 2009.
Duración de 30 días.

ID 62 V 90 - explanaciones para campamentos y plantas industriales en el Km. 107:

Comprende los trabajos de movimiento de tierras y acondicionamiento del terreno para el inicio de construcción.

(ID 62)
Fecha de inicio 25 de setiembre de 2009.
Fecha de término 29 de setiembre de 2009.
Duración de 5 días.
Esta actividad no sufrió alteración alguna en el Cronograma.
(ID 90)
Fecha de inicio 14 de noviembre de 2009.
Fecha de término 16 de noviembre de 2009.
Duración de 3 días.

ID 308 - Explanaciones en superficie Desarenador. Naves 05 Y 06):

Comprende los trabajos de movimiento de tierras y acondicionamiento del terreno en superficie (afrontonamientos iniciales, retiro de material suelto y vegetación) para el inicio de la excavación subterránea.
Fecha de inicio el 01 de enero de 2010.
Fecha de término el 15 de enero de 2010.
Duración de 15 días.

Actividades que sufrieron afectación en el Cronograma

ID 304 - Excavación en subterráneo (Desarenador. Naves 05 Y 06):

Conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM 873-DC, el día 30 de marzo de 2011, la Supervisión consiente el inicio de los trabajos contractuales de excavación en subterráneo en las naves 05 y 06. Dándose por levantado parcialmente el impedimento a la ejecución.
Fecha de inicio 31 de marzo de 2011.
Fecha de término 28 de julio de 2011.
Duración de 120 días.

ID 355 - Excavación en subterráneo (Túnel de conexión):

Tal cual se indica en el Cronograma contractual aprobado, terminada la excavación subterránea en las naves 05 y 06 del desarenador, se procede a ejecutar la excavación subterránea en el túnel de conexión.
Fecha de inicio 29 de julio de 2011.
Fecha de término 18 de agosto de 2011.
Duración de 21 días.

ID 306 - Excavación para estructuras (Desarenador. Naves 05 Y 06):

Al término de las actividades de excavación masiva en subterráneo y con un desfase de 21 días debido a trabajos de excavación en el túnel de conexión se inician las excavaciones para estructuras.
Fecha de inicio fue el 19 de agosto de 2011.
Fecha de término 17 de octubre de 2011.
Duración de 60 días.

ID 315.316.317.318 - Trabajos de concreto (Desarenador, Naves 05 Y 06):

Actividades relativas a la partida de Concreto, que de igual manera se ven afectadas en el inicio de su ejecución.
Fecha de inicio 18 de octubre de 2011.
Fecha de término total 14 de junio de 2012.

ID-Correspondiente a los trabajos hidromecanicos (Desarenador, Naves 05 Y 06)

Una vez terminados los trabajos de concreto, se inician los siguientes trabajos de la parte hidromecánica del desarenador:

- Rejas Finas 2400 x 4800 mm. Nave 1 (ID 332).
- Rejas Tranquilizadoras Tipo 1 (ID 333).
- Sistema de desarenador tipo Bieri (ID 334).
- Compuerta deslizante para Limpia de 600 x 600 mm (ID 335). Compuerta deslizante para purga de 1000 xl650 mm (ID 336).
- Ataguía Control 1500 x 2400 mm (ID 337).
- Ataguía Control 1100 x 3000 mm (ID 338).
- Rejas Tranquilizadoras Tipo 2 (ID 339).
- Rejas Tranquilizadoras Tipo 3 (ID 340).

Fecha de inicio 15 de junio de 2012.
Fecha de término total 04 de diciembre de 2012.

ID 15 - Operación Experimental

Terminados los trabajos en el desarenador (naves 05 y 06) en la fecha 04 de diciembre de 2012 se dará inicio a la Primera Fase de La Operación Experimental el día 05 de diciembre de 2012 y concluirá el 18 de enero de 2013, 45 días de duración.

ID 16 - Operación Experimental

La Segunda Fase de la Operación Experimental y última actividad del proyecto deberá iniciarse el día 19 de enero de 2013 y concluirá el día 04 de marzo de 2013, 45 días de duración.

55. Que la fecha de finalización de obra corresponde ahora al 04 de marzo del 2013, determinándose por lo tanto, una prórroga del plazo de ejecución contractual vigente de cuatrocientos doce (412) días calendarios.

56. Que les corresponde la aplicación de la fórmula del gasto general diario, establecida en los artículos 260° y 261° del Reglamento.

57. Que el cálculo del Gasto General Diario asciende a la suma de US$ 26,490.81 (Veintiséis mil cuatrocientos noventa con 81/100 Dólares Americanos), los cuales se obtienen del siguiente detalle:

Cálculo de Gasto General Diario (GGD)

Descripción	Unidad	Total
Monto Total Gastos Generales Obra Civil (a)	$	14.800.938.91
Monto Total Gastos Generales Obra Electromecánica (b)	$	9.438.156.25
Monto Total GG Civil y Electromecánica (c=a+b)	$	24.239.095.16
Plazo de Ejecución (d)	Días	915
Gasto General Diario (c)/(d)	**$/día**	**26.490,81**

58. Que GyM argumenta que en aplicación de los citados numerales, se hace el cálculo de los Mayores Gastos Generales generados por la causal invocada de Ampliación de plazo, por solución parcial al problema de muros incas.

Cálculo de Mayores Gastos Generales

Descripción	
Gastos Generales Diarios ($)	26.490.81
N° Días de ampliación de plazo, por Causal Invocada	412.00
Total ($)	10'914,213.72

59. Que en tal sentido, GyM sustenta que el monto a ser reconocido por concepto de mayores gastos generales asciende a la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil y doscientos trece con 72/100 Dólares Americanos), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas.

60. Que para el cálculo de días de ampliación de plazo se ha tomado como base el Cronograma Contractual que tenía como fecha de término previsto el 17 de enero del 2012, siendo la nueva fecha de término el 4 de marzo del 2013

CONCLUSIONES

1. Que tanto en las Bases, como el Contrato, el TUO y el Reglamento describen las causales bajo las cuales es procedente una ampliación de plazo, entre las cuales se encuentra claramente establecido que el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado, siempre que el calendario de avance de obra vigente sufra atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones (en su caso) por causas atribuibles a la Entidad, para cuyo reclamo se deberá observar lo establecido en el artículo 42° del TUO y los artículos 258°, 259° y 260° del Reglamento.
2. Que en cumplimiento de los numerales 6.6 y 6.9 de la Cláusula Sexta del Contrato, que imponen el irrestricto respeto a las normas generales y administrativas con especial énfasis en las que se refieren a la preservación del medio ambiente y no afectación directa de restos arqueológicos, se dio aviso y solicitó (mediante anotación de Cuaderno respectiva) a EGEMSA y a la Supervisión que se impartan instrucciones al Contratista respecto de la existencia de restos arqueológicos en la zona de ejecución de trabajos de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107.

3. Que conforme al TUO (en sus artículos 6°, 12° y 25°) y el Reglamento (en sus artículos 28° y 29°) EGEMSA es responsable de *"cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras".*

4. Que GyM alega que, por otra parte, EGEMSA a través de su área usuaria o su dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones y en coordinación con ella, debió - además de definir con precisión los objetivos y funciones de obra, verificar la operatividad y viabilidad de la misma empleando un criterio de razonabilidad y diligencia que no se puede apreciar en la aprobación de un diseño de trabajos en el Km. 107, que se pretende sea ejecutado sobre restos arqueológicos.

5. Que, además de ello, afirma que conforme al artículo 12° de la Ley, EGEMSA debió (teniendo en cuenta la complejidad de obra) ordenar la elaboración de estudios completos y suficientes que hubiesen permitido contar con la información necesaria para la ejecución de la obra, sobre todo atendiendo lo que textualmente indica el tercer y cuarto párrafo del referido artículo 12°:

> ***"En el caso de Licitaciones Públicas y de Concursos Públicos siempre se efectuarán estudios previos y no indagaciones." "En el caso de obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra. (...) ".***

6. Que este último texto coincide en espíritu con lo estipulado en el artículo 25° de la Ley, y que en el caso de la licitación que originó la suscripción del Contrato no se ha cumplido, en tanto que el terreno sobre el cual el Contratista debía construir los desarenadores, no se encuentra disponible, ya que muestra interferencias de restos arqueológicos que fueron descubiertos, sin mayor trabajo arqueológico o técnico que un simple desbroce y levantamiento topográfico.

7. Que en el claro afán de cooperar con una pronta solución al claro error del Expediente Técnico de la Licitación, es que con carta N° 203-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011, el Contratista remitió los Cronogramas de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista.

8. Que luego de sendas comunicaciones y coordinaciones entre la Supervisión y el Contratista, incluyendo una visita del especialista del proyectista de EGEMSA, se remitió la carta CSM-GyM 809-JM de fecha 08 de marzo de 2011, la Supervisión remitió la carta EGE-CSM 114-11, a través de la cual la Entidad comunicó la alternativa de solución a la interferencia de los muros incas elegida por ésta y requirió a la Supervisión que inicie el proceso de conciliación con el Contratista, para su ejecución.

9. Que, con Carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, señala que GyM remitió el Presupuesto Adicional N° 13 denominado "Túnel de acceso al desarenador 5 y 6" para excavación de parte de las naves 5 y 6 del desarenador Km. 107, ante interferencia de los muros incas, conforme a la información proporcionada con la carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 13 de marzo de 2011; es decir, según la alternativa N° 03, la misma que únicamente representa una solución parcial al problema de la interferencia existente entre la ubicación definida en el Proyecto para la ejecución de las naves 5 y 6 de desarenadores y la pre existencia de restos arqueológicos ubicados en el mismo emplazamiento; por lo que, la causal de ampliación de plazo relativa a la imposibilidad de ejecutar la totalidad de los trabajos en dicho sector continúa vigente (sin perjuicio de la validez de su Segunda Pretensión Principal) hasta que la Entidad Licitante proporcione la solución definitiva de Ingeniería y/o cumpla con la entrega del terreno a disposición del Contratista libre de interferencias.

10. Que EGEMSA como entidad pública debe no sólo efectuar un análisis de costos sino también de validez y procedencia legal de todo adicional, ello en armonía con lo dispuesto por las normas de contraloría, en especial la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra".

11. Que mediante la carta N° CSM-GyM 873-DC de fecha 04 de abril de 2011, la Supervisión indicó que el día 30 de marzo de 2011 se hizo contacto con

el hastial derecho del desarenador 6 (progresiva 0+012.80 desde el inicio de la rampa o progresiva 0+042.20 desde el inicio del túnel existente). El contacto con el hastial derecho del desarenador 6 e izquierdo de la rampa, está ubicado 0.30 m más adelante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6 (adicional 5).

12. Que teniendo en cuenta que el Contrato define "prestación" como *"la ejecución de la obra, la prestación del servicio o la entrega del bien cuya contratación o adquisición se regula en la Ley y el Reglamento"*, es evidente que desde el día 30 de enero de 2010, fecha en la cual se debieron iniciar los trabajos en las cuatro naves de los desarenadores y hasta la conjuración de la imposibilidad de ejecutar los trabajos en las naves 5 y 6 por la existencia de muros incas, el Contratista se vio impedido de cumplir con sus prestaciones contractuales a consecuencia de un expediente defectuoso, el mismo que pese a haber sido expuesto como tal ante EGEMSA, (ante el primer hallazgo de muros incas en el mes de octubre de 2009), ésta decidió ratificar su ejecución el 10 de setiembre de 2010 sin dar una solución a la preexistencia de los referidos restos arqueológicos que continuaron impidiendo la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

13. Que la causal aplicable para la solicitud de ampliación de plazo es la causal regulada en el numeral 2) del artículo 258° del Reglamento, es decir, retrasos en el cumplimiento de sus prestaciones atribuibles a la entidad (en su caso, EGEMSA).

14. Que una vez cumplida la formalidad exigida por el artículo 259° del Reglamento, aplicable al Contrato, y habiendo identificado que la causal del caso es la signada con el numeral 2 del artículo 258° del referido Reglamento, señala que el primer párrafo del artículo 260°, establece por regla que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, es decir aplicando la fórmula del gasto general diario.

15. Que EGEMSA debe pagar entonces, conforme a la Pretensión Accesoria de su Segunda Pretensión Principal, los mayores gastos generales debidamente acreditados.

16. Que se puede observar que existe una clara y comprobada afectación a la ruta crítica del proyecto y que de acuerdo al Diagrama Gantt concordado con el nuevo Calendario de Avance de Obra, cuyo inicio contractual aprobado es el 17 de julio del 2009 y finaliza el 04 de marzo del 2013, presenta una nueva ruta crítica compuesta por las actividades descritas en el Cuadro N°01 generada por la modificación del inicio de trabajos del

Desarenador (Naves 05 y 06), debido a la paralización de 425 días por interferencia de restos arqueológicos en la zona de trabajo.

17. Que asimismo, señala que la Supervisión a través de su carta N° CSM-GyM 873-DC del día 04 de abril de 2011 consintió el inicio de estos trabajos el día 30 de marzo del 2011.
18. Que dados los hechos en la carta comentados y detallados en el sustento legal del presente expediente, se consideró este acto como hito de solución parcial a la paralización.

19. Que, por lo expuesto, les resulta claro y demostrado que la fecha de finalización de obra corresponde ahora al 04 de marzo del 2013, determinándose por lo tanto, una prórroga del plazo de ejecución contractual vigente; de cuatrocientos doce (412) días calendarios.

20. Que GyM manifiesta que vista su sustentación legal y amparada en el marco legal y contractual, les queda claro que les corresponde la aplicación de la fórmula del gasto general diario, establecida en los artículos 260° y 261°. En tal sentido, señala que el monto a ser reconocido por concepto de mayores gastos generales asciende a la suma de US$ 10'914,13.72 (Diez millones novecientos catorce mil y doscientos trece con 72/100 Dólares Americanos), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas.

21. Que, por tanto, solicitan a este Tribunal Arbitral declarar fundada la demanda presentada, en todos sus extremos.

II.4 OTROS ESCRITOS PRESENTADOS POR GyM ADICIONALES A LA DEMANDA A TENER EN CUENTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

- Escrito N° 1 de fecha 27 de enero de 2011, por el cual realizan su petición de Arbitraje contra EGEMSA.

- Escrito de fecha 21 de febrero de 2011, por el cual responden absolución de EGEMSA a petición de arbitraje.

- Escrito N°1 de fecha 18 de mayo de 2011, por el cual GyM solicita que se realice la consolidación de su nueva petición de arbitraje del Expediente N° 2066-093-2011 con el Caso Arbitral N°1994-021-2011.

- Escrito N°5 de fecha 04 de julio de 2011 por el cual ofrecen medio probatorio.

- Escrito N°8 de fecha 05 de setiembre de 2011, por el cual GyM presenta versión electrónica de su escrito de demanda.

- Escrito N° 10 de fecha 13 de octubre de 2011, por el cual GyM absuelve la oposición deducida por EGEMSA

- Escrito N° 12 de fecha 22 de noviembre de 2011, por el cual GyM presenta los documentos requeridos por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral de fecha 11 de noviembre de 2011 y, asimismo, solicita que se admitan medios probatorios.

- Escrito N° 13 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el cual GyM adjunta disco compacto (CD) con las presentaciones realizadas en la Audiencia del día 5 de diciembre de 2011.

- Escrito N° 14 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el cual GyM adjunta versión impresa de Presentaciones realizadas en la audiencia del día 5 de diciembre de 2011.

- Escrito N° 15 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el cual GyM presenta versión completa de las Bases Integradas y del Plan de Trabajo de GyM S.A.

- Escrito N° 16 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el cual GyM presenta comentarios referente al Escrito de Contestación a la Demanda de EGEMSA en relación al "Deficiente Expediente Técnico" (Diseños/Planos).

- Escrito N° 17 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el cual GyM presenta Calendario de Obra aprobado unilateralmente por EGEMSA el día 24 de noviembre de 2011, afectado por la ampliación de plazo referida a la Tubería Forzada con el que pretenden acreditar que el efecto en éste es el mismo al requerido en su Primera Pretensión Principal (212 días).

- Escrito N°18 de fecha 13 de diciembre de 2011, por que GyM presenta Calendario de Obra aprobado unilateralmente por EGEMSA el día 24 de noviembre de 2011 afectado por la ampliación de plazo referida a los Desarenadores 5 y 6, con el que pretender acreditar que el efecto en éste es el miso al requerido en su Segunda Pretensión Principal (412 días)

- Escrito N° 19 de fecha 13 de diciembre de 2011, por el que GyM presenta plano original de diseño de la tubería forzada y plano de rediseño.

- Escrito N° 20 de fecha de 13 de diciembre de 2011, por el que GyM presenta el desgloce de gastos generales de presupuesto contractual de GyM

- Escrito N°21 de fecha 16 de diciembre de 2011, por el cual GyM presenta sus conclusiones y alegaciones finales
- Escrito N° 22 de fecha 26 de diciembre de 2011, por el cual GyM presenta versión impresa de exposición a realizar en la Audiencia de Alegatos

- Escrito N°23 de fecha 27 de diciembre de 2011, por el cual GyM realiza comentarios a la presentación en formato *Power Point* realizada por EGEMSA en la Audiencia de Alegatos de fecha 26 de diciembre de 2011.

II.5 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PETITORIO

EGEMSA solicita a este Tribunal Arbitral que, en su oportunidad, declare infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta, con expresa condena del pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

ANTECEDENTES GENERALES

1. Que EGEMSA es una empresa estatal de derecho privado que desarrolla actividades de generación de energía eléctrica por medio de sus instalaciones ubicadas en el sureste del Perú, las cuales se encuentran conectadas al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

2. Que en febrero de 1998 se produjo un aluvión sobre el cauce del río Aobamba, que originó un represamiento de aguas, lodo y piedras que cubrió las instalaciones de la Central Hidroeléctrica en Machupicchu, destruyéndola casi completamente.

3. Que desde que se produjo el referido siniestro, EGEMSA gestionó los trabajos de recuperación de la Central, habiendo conseguido la rehabilitación de parte de nuestras instalaciones. Lamentablemente, señala que a la fecha, aún no se ha alcanzado la capacidad instalada que se tenía antes del siniestro. Es por ello que se inició el Proyecto "Segunda Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica de Machupicchu".

4. Que con la finalidad de llevar a cabo la Obra, EGEMSA convocó a la Licitación Pública LP-01-2008-EGEMSA, procedimiento en el que GyM, empresa con altos conocimientos de la zona de trabajo, se adjudicó la Buena Pro. Refiere que el 24 de abril de 2009, EGEMSA y la ahora demandante celebraron el Contrato 09-2009 "Contrato de Ejecución del Proyecto Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu".

5. Que el Contrato se encuentra regulado por el TUO y su Reglamento.

6. Que con fecha 17 de julio de 2009 se inició el plazo de ejecución de la Obra (tal como fue anotado en el Asiento 1 del Cuaderno de Obra), siendo que con fecha 20 de enero de 2010 se aprobó el Calendario de Obra que es invocado por GyM.

7. Que, sin embargo, posteriormente, se resolvió la Ampliación de Plazo N° 02 y se reconoció al Contratista 92 días calendario de ampliación, mediante Resolución de Gerencia General N° G-060-2010.

8. Que, no obstante, señala que ante la negativa de GyM de presentar su Calendario Actualizado conforme lo ordena el artículo 259° del Reglamento, con fecha 24 de noviembre de 2010 EGEMSA aprobó un nuevo Calendario de Obra, incorporando los 92 días de ampliación de plazo concedidos al Contratista

9. Que EGEMSA afirma que este es el Calendario de Obra vigente, en base al cual corresponde evaluar las ampliaciones de plazo solicitadas en este proceso arbitral.

FUNDAMENTOS DE HECHO POR LOS CUALES LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN ACCESORIA DEBEN SER DECLARADAS INFUNDADAS

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Que al revisar la demanda, la presente controversia gira en torno al rechazo por parte de EGEMSA de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 8. La Ampliación de Plazo N° 8 fue presentada por la demandante debido a la aprobación por parte de EGEMSA del Presupuesto Adicional N° 3 y el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado.

2. Que, para sustentar la necesidad de la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 8, tanto en el expediente de sustento de la misma presentada ante la Entidad, como en la demanda arbitral, GyM narra una serie de hechos mediante los cuales pretende demostrar que existió una demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado por culpa

de la Entidad, que afectó la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra por doscientos doce (212) días calendario.

3. Que sin embargo, EGEMSA alega que lo señalado por la demandante es inexacto. Afirma que en su escrito de contestación de la demanda ha demostrado que el Contratista presentó la Ampliación de Plazo N° 8 fuera del plazo legal para ello, que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no afecta el Calendario de Avance de Obra vigente, que inició los trabajos del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado antes de su aprobación y que cualquier demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, en todo caso, le es atribuible exclusivamente a ella.

4. Que en ese orden de ideas, consideran pertinente que este Tribunal Arbitral tenga en cuenta que GyM suscribió el Expediente Técnico que sustentó el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, y que en dicho documento se señaló expresamente lo siguiente:

> ***"El Presupuesto Adicional N° 03 de acuerdo al Cronograma vigente no se encuentra en la ruta crítica por lo que no genera ampliación de plazo ni reconocimiento de mayores gastos generales y el plazo de ejecución concordado entre Contratista y Supervisión será igual al previsto en el contrato para la partida 06 Conducto Forzado"***.

5. Que desde un inicio, la grave contradicción que la conducta de GyM implica, al solicitar la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, declarando que no da lugar a ampliación de plazo alguna, y luego solicitando la Ampliación de Plazo N° 8, demuestra que su demanda es infundada.

ANTECEDENTES RELEVANTES RESPECTO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 8 SOBRE EL CALENDARIO DE OBRA VIGENTE

1. Que EGEMSA manifiesta que una vez iniciado el plazo de ejecución y luego de efectuados los trabajos de trazo y replanteo, con fecha 20 de enero de 2010 se aprobó el Calendario de Avance Obra. Sostiene que este calendario, con el cual equivocadamente GyM ha sustentado su solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8, fue modificado en virtud de la Primera Ampliación de Plazo (por el período de 92 días) aprobada mediante la Resolución de Gerencia General N° G-060-2010 del 25 de mayo de 2010.

2. Que a continuación explica en qué circunstancias se llegó a obtener el nuevo Calendario de Avance de Obra, según el cual las obras relativas a la tubería forzada (pique vertical) debían ser iniciadas el 2 de setiembre de 2010.

3. Que según el artículo 259° del **Movilización Km.** Reglamento, una vez notificado sobre la aprobación de una ampliación de plazo, el Contratista cuenta con el plazo de 10 días a fin de remitir el correspondiente Calendario de Avance de Obra.

4. Que luego de notificar a GyM sobre la decisión adoptada por EGEMSA, e incluso requerirle la entrega del Calendario Actualizado de Avance de Obra (cartas: CSM-GyM 186, del 13 de junio de 2010; CSM-GyM 203, del 28 de junio de 2010; CSM-GyM 263); con la carta 210-10-GyM S.A-1652/CSM del 11 de julio de 2010, GyM remitió un Calendario de Avance de Obra defectuoso, señalando además lo siguiente:

> ***"(...) la referida resolución de Gerencia General, no la encontramos arreglada a Ley, por lo que la hemos recurrido en sede arbitral y una vez que se emita el pronunciamiento, deberá correr el plazo para la presentación del Cronograma reprogramado. Por lo expuesto, este documento hecho a solicitud de EGEMSA y la Supervisión en su contenido y forma, es únicamente informativo y referencial, no refleja la situación real de la obra ni su planteamiento; por lo obsta ni contradice en ningún término lo discutido en sede arbitral.***
>
> ***En tal sentido, dejamos expresa constancia que debido a lo expuesto, este Cronograma no podrá ser considerado como elemento contractual ni empleado para ningún tipo de evaluación y/o control de la situación de avance físico y/o valorizado del proyecto".***

5. Que, le resulta importante destacar que pese a que el Calendario de Avance de Obra presentado en dicha oportunidad consideraba plazos de ejecución similares a los que finalmente fueron considerados en el Calendario de Avance de Obra vigente, tuvo que ser rechazado por contener errores que nunca fueron subsanados por GyM.

6. Que, menciona que este es el caso de la partida objeto del presente arbitraje, que según dicho Calendario de Avance de Obra debía iniciar el 4 de setiembre de 2010. Es decir, dos días después de lo programado según el Calendario de Avance de Obra vigente (2 de setiembre de 2010)

7. Que, EGEMSA expresa que teniendo en cuenta que lo aducido por GyM carecía de sustento, inmediatamente se solicitó a GyM que subsanara los defectos detectados en el Calendario de Avance de Obra presentado; sin embargo, lejos de proceder de este modo, por carta N° 176-10-GyM S.A. - 1652/CSM GyM, GyM señaló que no subsanaría dichos errores. De este

modo, inútilmente GyM insistía en que no se encontraba de acuerdo con lo resuelto por EGEMSA:

> ***"(...) No corresponde a GyM ajustar el calendario conforme a lo indicado por la Supervisión en su carta de la referencia, toda vez que no estamos de acuerdo con la resolución y tampoco consentimos los alcances de la misma, en ningún documento".***

8. Que posteriormente, señala que la Supervisión volvió a requerir a GyM la remisión del Calendario de Avance de Obra (Cartas: CSM-GyM 263, del 17 de agosto de 2010; CSM-GyM 276, del 29 de agosto de 2010; CSM-GyM 417, del 17 de octubre de 2010, entre otras). Lamentablemente, los pedidos fueron infructuosos.

9. Que ante la sistemática e injustificada negativa de GyM, mediante la carta CHM-357-2010 del 24 de noviembre de 2010, EGEMSA aprobó un Calendario de Avance de Obra que recogía la Primera Ampliación de Plazo aprobada en mayo de 2010. Señala que este es el Calendario de Avance de Obra vigente, por lo que se debe tener en cuenta para determinar la oportunidad en la que debía ejecutarse la partida objeto del presente arbitraje. Sostiene que este Calendario de Avance de Obra fue comunicado a GyM por carta CSM-GyM 536-JM del 4 de diciembre de 2010.

LA APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO

10. Que como parte de las actividades necesarias para la ejecución de la Obra, señala que se tiene la ejecución de la tubería forzada (pique vertical). Manifiesta que de acuerdo al Expediente Técnico de la Obra, esta tubería debía ejecutarse con pique vertical en un sector específico. Sin embargo, mediante la Carta N° 094-09-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 20 de noviembre de 2009, GyM puso en conocimiento de la Supervisión *"que la ubicación del bloque de anclaje y pique vertical se encuentra sobre una falla geológica"*.

11. Que ante este hecho se efectuaron numerosas coordinaciones entre GyM y la Supervisión, a efectos de confirmar la existencia de la referida falla geológica.

12. Que en el marco de dicha verificación, resultaba esencial incluir visitas de inspección por parte de un especialista en suelos (el ingeniero Bernhard Stabel), así como la construcción de las vías de acceso a la zona donde se encontraba la supuesta falla geológica. Estos trabajos eran de responsabilidad del Contratista.

13. Que al respecto, considera importante precisar que tal como se advierte de la lectura de la carta CSM-GyM 078/10-HJ de fecha 18 de enero de 2010, la Supervisión indicó a GyM que el especialista llegaría a la Obra en los primeros días del mes de febrero de 2010, siendo necesario que el Contratista ejecute los accesos a los distintos puntos del Pique Vertical. De otro modo no se podría viabilizar la inspección. Textualmente se indicó lo siguiente:

> ***"Para la materialización de estas tareas la Supervisión se encargará a manera de colaboración, con las evaluaciones respectivas mediante su personal especializado en geología y geomecánica. El Contratista asumirá la preparación de los accesos a los distintos puntos de control a ser efectuados en el sector del Pique Vertical, así como las medidas de apoyo y seguridad para el personal que participe en las tareas antes descritas.***
>
> ***Los resultados de estas evaluaciones serán base para los análisis detallados a ser realizados por nuestro especialista en mecánica de rocas, que estará llegando a obra en los primeros días del mes de febrero."***

14. Que, no obstante que la instrucción fue dada en enero de 2010, tal como consta en el Asiento Nº 296 del Cuaderno de Obra, GyM culminó la construcción de las vías solicitadas al acceso de la Obra en donde se tenía que hacer la verificación, denominado punto "G", el 2 de junio de 2010. Es decir, 135 días (cuatro meses y medio) después de la fecha en que se le solicitó que lo hiciera. Advierte que como se verá, estos retrasos se repitieron en la preparación del expediente con el cual se aprobó el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado.

ATRASOS ATRIBUIBLES A GyM EN LA DETERMINACIÓN DEL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO Y EN LA PRESENTACIÓN DEL ANÁLISIS DE GASTOS GENERALES DEL CONTRATO Y GASTOS GENERALES PROPIOS DEL ADICIONAL

1. Que una vez confirmada la existencia de la falla geológica, tanto la Supervisión como GyM realizaron una serie de actividades a fin de lograr la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Lamentablemente, señala que pese a la reconocida experiencia del Contratista, GyM incurrió en nuevas demoras (por ejemplo en la entrega de documentación) que conllevaron a que el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado fuera recién aprobado el 6 de diciembre de 2010.

2. Que, expresa que con Carta N° CSM- GyM 247/10 de fecha 7 de agosto de 2010, la Supervisión remitió a GyM el nuevo diseño para la tubería forzada

(pique inclinado), solicitándole la presentación del Presupuesto respectivo a partir del nuevo diseño. Esta documentación era indispensable a efectos de tramitar ante EGEMSA la aprobación del adicional de obra correspondiente:

> ***"Favor presentar a la brevedad posible la documentación sustentada de presupuesto, referidas las obras modificadas acá presentadas, con los precios contractuales y si es el caso, con los precios nuevos que previamente deberán ser pactados, para el propósito de elaborar el expediente correspondiente y elevarlo a nivel de EGEMSA para que emita la Resolución correspondiente".***

3. Que GyM recién presentó lo solicitado mediante carta N° 303-10 GyM 1652/CSM de fecha 21 de agosto de 2010, y luego el 5 de setiembre de 2010 remitió, para revisión y aprobación, el presupuesto de tubería forzada - pique inclinado.

4. Que por otro lado, el 14 de setiembre de 2010, la Supervisión y GyM sostuvieron una reunión en la que se determinó, como era previsible, que era necesario que GyM elabore diversos documentos de trabajo para la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Entre otros aspectos, a GyM le correspondía la elaboración y la presentación de los presupuestos, análisis de precios de partidas nuevas y el desagregado de los gastos generales.

5. Que estos documentos fueron entregados con retraso, luego de reiterados pedidos por parte de la Supervisión. Así, refiere EGEMSA que tal como consta en la carta CSM-GyM 380/10-JG entregada el 9 de octubre de 2010, la Supervisión reiteró a GyM la presentación de los análisis de precios de las partidas nuevas, además del desagregado de gastos generales fijos y variables propios del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Señala que luego con carta N° CSM-GyM 401/10 de fecha 12 de octubre de 2010, la Supervisión reiteró a GyM que no debía modificar los precios que ya habían sido previamente consensuados entre las partes. Además, se indicó que de acuerdo al Reglamento correspondía la presentación de los gastos generales propios.

6. Que posteriormente, menciona que si bien con carta N° 533-10- GyM S.A. 1652/CSM de fecha 13 de octubre de 2010, GyM envió a la Supervisión el respectivo Presupuesto de Obra (incluyendo precios unitarios conciliados, metrados de nichos y previsión de anillos en la tubería), tal como se advierte de la carta N° CSM-GyM 416/10 de fecha 17 de octubre de 2010, la Supervisión indicó a GyM que los incrementos de metrados incluidos en dicho presupuesto carecían de sustento técnico. Además, se indicó que

existían otros defectos y se reiteró a GyM que era necesaria la presentación del análisis de los precios unitarios.

7. Que recién por carta N° 566-10- GyM S.A. 1652/CSM del 24 de octubre de 2010, GyM envió a la Supervisión el Presupuesto de Adicional de Obra consensuado, así como los análisis de precios unitarios de las partidas nuevas.

8. Que, EGEMSA agrega que hasta este punto, debido a las constantes demoras de GyM en la entrega de lo solicitado, ya habían transcurrido 52 días contados desde la fecha en la cual remitió, para revisión y aprobación, un presupuesto defectuoso (5 de setiembre de 2010). GyM también incurrió en retrasos en la presentación del análisis de los gastos generales, pese a que ya habían sido requeridos desde el 8 de octubre de 2010.

9. Que al respecto, EGEMSA agrega que con carta CSM-GyM 498-JM de fecha 19 de noviembre de 2010, se reiteró a GyM que EGEMSA había comunicado que no procedería a aprobar el presupuesto adicional, en tanto GyM no cumpliera con presentar los gastos generales propios del presupuesto adicional y los Gastos Generales del Contrato original.

10. Que adicionalmente, según consta en la Minuta de la Reunión de Obra N° 46 de fecha 23 de noviembre de 2010, la Supervisión solicitó nuevamente a GyM la entrega de documentación faltante para culminar con la aprobación del presupuesto adicional.

11. Que posteriormente, con carta N° CSM-GyM 521/10 del 25 de noviembre de 2010, EGEMSA señala que la Supervisión indicó a GyM que, de acuerdo con el artículo 265° del Reglamento: los gastos generales fijos y variables correspondientes al presupuesto adicional debían ser propios y elaborados teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. En tal sentido, afirma que hasta que GyM no presentara la documentación completa no se procedería a la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado:

> ***"Mediante la presente se vuelve a reiterar, que EGEMSA procederá al trámite de aprobación del Presupuesto Adicional N° 03, una vez que GyM cumpla con lo establecido en el Art. 265° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que estipula con precisión que los gastos generales fijos y variables correspondientes al Presupuesto Adicional deben ser propios y elaborados teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado, aspecto que GyM no viene atendiendo.***

Se adjunta la Carta N° 353/2010 remitida por EGEMSA en la que reitera que no iniciara los trámites de aprobación del Presupuesto Adicional N° 03, en tanto no se cumpla con adjuntar en el Expediente del Presupuesto Adicional los gastos generales fijo y variables propios debidamente sustentados.

En ese sentido, se resalta que la demora en la presentación de la información solicitada atrasara la aprobación del Presupuesto Adicional N° 3 por razones atribuibles única y exclusivamente a GyM."

12. Que por carta Nº 708-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 27 de noviembre de 2010, es decir, 50 días después que se le solicitara formalmente la presentación del presupuesto desconsolidado de gastos generales, recién en esta fecha GyM cumplió con remitir lo requerido. La remisión fue confirmada con el Asiento Nº 973 del 29 de noviembre de 2010, la misma que fue observada por EGEMSA y subsanada por GyM el 1 de diciembre de 2010. En esta fecha se incluyó el análisis de los gastos generales del contrato original.

13. Que luego de estos retrasos, por Acuerdo de Directorio adoptado en la Sesión 418, de fecha 6 de diciembre de 2010, se resolvió aprobar el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado por la cantidad de US$ 2'905,521.12 (Dos millones novecientos cinco mil quinientos veintiuno con 12/100 Dólares de los Estados Unidos de América). La aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado fue comunicada a GyM con carta N° G-640-2010 del 06 de diciembre de 2010.

SOBRE EL INICIO DE LA EJECUCIÓN DE LA TUBERÍA FORZADA (PIQUE VERTICAL)

1. Que considerando que la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8 se sustenta, supuestamente, en mérito de los atrasos en el cumplimiento de prestaciones de cargo de GyM, resulta especialmente importante delimitar en qué momento GyM dejó de incurrir en dichos atrasos, y en consecuencia inició las obras relacionadas con la tubería forzada (pique vertical).

2. Que por carta Nº 370 CSM-GyM 297/10 del 9 de setiembre de 2010, la Supervisión impartió la siguiente instrucción a GyM:

"(...) el Contratista puede iniciar las actividades contractuales previas a la construcción de pique inclinado, incluyendo la presentación de método de trabajo, como también las actividades según los planos de pique

inclinado".

3. Que EGEMSA indica que esta orden quedó plenamente validada; por lo que, señala que cualquier manifestación posterior del Contratista en contra de la misma carece de sentido.

4. Que ante dicha comunicación, GyM envió a la Supervisión la carta N° 390-10- GyM 1652/CSM, recibida el 13 de setiembre de 2010. En esta carta se señaló lo siguiente:

   "Tomamos debida nota de dicha "Orden de Proceder", e informamos que procederemos de inmediato con las actividades de movilización de recursos humanos y materiales, dejando constancia que de presentar restricciones que impidan el normal proceso de las obras, el Contratista no será responsable de los costos que representan la inmovilización de dichos recursos".

5. Que teniendo en cuenta estas comunicaciones, argumenta que GyM inició los trabajos de acceso a la tubería forzada (pique vertical) el 18 de setiembre de 2010. Prueba de ello son los siguientes documentos que se adjuntan a la contestación: Reportes de Avance de Excavación Nº 000682 del 18 de setiembre de 2010, y Reportes de Avance de Excavación 000669 y 000690 del 23 de setiembre de 2010, los cuales muestran el avance de obra en la Galería "D" tubería forzada (pique vertical); el reporte de Avance de Excavación Nº 000733 de fecha 18 de octubre de 2010, donde se aprecia el inicio de trabajos en el nivel 1708.393 en chimenea – tubería forzada; Reporte de Excavación Nº 000924 del 01 de noviembre de 2010, el cual muestra trabajos en la ventana de ingreso – ALIMAK; el Reporte de Avance de Excavación Nº 000937; etc. En dichos reportes textualmente se indica que el trabajo realizado corresponde a la tubería forzada.

6. Que EGEMSA sostiene que es importante precisar que si bien estos reportes demuestran que a finales del mes de setiembre ya se había iniciado la ejecución de algunas actividades referidas al objeto del presente arbitraje, ello no obsta en el retraso de GyM en las actividades previas a dichos trabajos que impidieron la ejecución de la partida en la fecha prevista. Esto determinó que fuera materialmente imposible que GyM iniciara la ejecución del Conducto forzado (pique vertical) en la fecha programada según el Calendario de Avance de Obra vigente (2 de setiembre de 2010).

7. Que el denominado "Tramo de Conducto Forzado Horizontal" se mantenía conforme al proyecto original, es decir, no sufrió modificaciones para el nuevo concepto de conducto inclinado. En consecuencia, EGEMSA señala que GyM no tenía impedimento alguno de realizar la excavación del tramo horizontal (contractual sin modificación), trabajos que se inician desde la

caverna de Casa de Máquinas.

8. Que al respecto, refiere que GyM llegó a la Caverna de Casa de Máquinas a nivel piso de excavación de la Galería de Descarga con fecha 27 de julio del 2010, desarrollando un acceso es espiral dentro de la Caverna para descender banqueando el volumen de la Caverna; es decir, alejado del frente donde debería iniciar la excavación del Tramo Horizontal del Conducto Forzado, ya que para llegar a este debía concluir la excavación de la caverna de la Casa de Máquinas.
9. Que para el 2 de setiembre de 2010 GyM aún no había cumplido con habilitar el Funicular, ni había concluido la caverna de la Casa de Máquinas, respectivamente. EGEMSA aclara que ambas actividades eran esenciales para iniciar los trabajos en la excavación del tramo superior y en la tubería forzada.

10. Que a partir de lo expuesto, EGEMSA concluye que no solo GyM inició la ejecución del acceso a la tubería forzada (pique vertical) a finales del mes de setiembre, sino que debido a retrasos que le son imputables, era materialmente imposible que iniciara los trabajos en la fecha programada según el Calendario de Obra Vigente (2 de setiembre de 2010).

SOBRE LA PRESENTACIÓN Y RECHAZO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 8

1. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra Nº 1094 de fecha 20 de noviembre de 2010, GyM dejó constancia que luego de evaluado el impacto del Acuerdo de Directorio adoptado en la Sesión 418, se había determinado la existencia de una causal de ampliación de plazo.

2. Que de este modo, mediante la carta Nº 835-10-GyM S.A.-1652/CSM del 22 de diciembre de 2010, GyM presentó la respectiva solicitud para que se le otorgara la Ampliación de Plazo N° 8 por atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones, supuestamente atribuibles a EGEMSA.

3. Que los aspectos más importantes de dicha solicitud son los que expone a continuación.

   Identificación de la causal invocada: Según lo señalado en la página 29 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 8, ésta habría sido solicitada por la causal de atrasos en el cumplimiento de las prestaciones de GyM por causas supuestamente atribuibles a EGEMSA:

   > **"4.1 (...) *EL CONTRATISTA procedió a presentar su solicitud de ampliación de plazo Nº 08, y ahora esta demanda, por la causal de atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad***

contratante estipulada tanto en el artículo 42 de LA LEY como en el numeral 2) del artículo 258 del REGLAMENTO" .

Desarrollando este argumento, EGEMSA sostiene que GyM explica que su solicitud se encontraría sustentada en la expedición del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, como consecuencia de la detección de la falla geológica:

> ***"4.2 (...) la presente causal se encuentra sustentada en expedición de un adicional causado por la detección de defectos en el proyecto en tanto que se definió como punto de anclaje de la tubería forzada una zona en el que existe una falla geológica (...)".***

La culminación de la causal se habría dado con la adopción del acuerdo de directorio en mérito del cual se aprobó la Ampliación de Plazo N° 8:

> ***"4.5 Es así que luego de once meses se aprueba el presupuesto adicional Nº 03 y el deductivo Nº 03, mediante Acuerdo de Directorio Sesión 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, notificado con carta Nº G-640-2010 de fecha 09 de diciembre de 2010, hecho con el que se da por concluida la causal de ampliación de plazo descrita en el numeral 4.1, cuyo análisis y sustentación técnica y legal se desarrolla en los puntos siguientes.***

Estos argumentos han sido transcritos en las páginas 39 y 40 de la demanda de GyM.

<u>Sustento legal de la solicitud de AP 8</u>: Sobre el particular, GyM explica que su solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8 se ha generado debido a errores supuestamente atribuibles EGEMSA (la proyección de ejecución de obras en un terreno en el que existían fallas geológicas), los cuales habrían traído consigo la imposibilidad de realizar dichos trabajos conforme a lo programado en el calendario de obra anterior (el que fue aprobado con fecha 19 de enero de 2010).

> ***"5.1 La octava solicitud de ampliación de plazo se ha generado por el retraso en el cumplimiento de las prestaciones de EL CONTRATISTA por causas atribuibles a EGEMSA en vista que la aprobación, licitación pública, otorgamiento de buena pro y suscripción de un contrato de ejecución de obra pública que contiene errores, como la definición del punto de anclaje de la tubería forzada sobre una falla geológica generó consigo la imposibilidad de ejecución de los trabajos relativos a la Tubería Forzada y el***

Pique conforme a lo programado en el Cronograma de ejecución de obra aprobado al 19 de enero de 2010".

En relación al pedido de reconocimiento de mayores gastos generales, GyM explica que si bien el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado cuenta con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general. Así pues, manifiesta que al existir un período de tiempo que se prorrogaría más allá del plazo contractual previsto en el calendario de obra aprobado el 19 de enero de 2010 (el calendario de obra anterior), entonces les correspondería el reconocimiento de gastos generales por dicho período. Así cita textualmente señala lo siguiente:

"5.43 (...) Como se puede apreciar, el primer párrafo del artículo 206, establece por regla que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, es decir aplicando la fórmula del gasto general diario.

Sobre este punto es necesario aclarar, que si bien el presupuesto Adicional y Deductivo Nº 03 cuenta con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general, motivo por el cual solo cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado, teniendo en cuenta su duración dentro del período asignado para su ejecución dentro del Cronograma de avance contractual de fecha 19 de enero de 2010

No obstante ello, del análisis expuesto en el numeral precedente, se podrá apreciar que al modificarse el inicio de a las actividades, si bien un tramo de éstas se encuentran dentro del plazo de ejecución contractual observado en el Cronograma de fecha 19 de enero de 2010, (y por lo tanto el propio gasto general del adicional los sustenta) existe un período de tiempo que se prorroga más allá del plazo contractual previsto en el Cronograma vigente, por lo que en éste punto si bien los gastos generales del propio adicional lo cubren, no cubrirán el resto de actividades que a consecuencia de su aprobación se deberán prolongar también en el tiempo. (...)"

Estos argumentos han sido transcritos en las páginas 44 y 55 de la demanda.

Sustento técnico y cuantificación del impacto en la ruta crítica: En primer lugar, cabe destacar que este análisis es efectuado en base al Cronograma de avance de obra aprobado con fecha 19 de enero de 2010:

> ***"6.1 El análisis del impacto de la ruta crítica se está efectuando respecto del calendario de obra vigente, es decir el aprobado con fecha 19 de enero de 2010, el mismo que dada la denegación a sendas ampliaciones de plazo se verá modificado (...)***

Como consecuencia de lo solicitado por GyM, se obtendría un nuevo calendario de avance de obra cuyo inicio se habría dado el 17 de julio de 2009 y que finalizaría el 15 de agosto de 2012.

> ***"El Diagrama de Gantt acorde con el nuevo Calendario de Avance de Obra (...) cuyo inicio es el 17 de julio de 2009 y finaliza el 15 de agosto de 2012, presenta una nueva ruta crítica compuesta por las siguientes actividades generadas por la modificación del inicio de trabajo de la tubería forzada, debido a la reciente aprobación del expediente adicional y deductivo de la TUBERÍA FORZADA – PIQUE INCLINADO (...)"***

Estos argumentos han sido transcritos en las páginas 56 y 57 de la demanda.

Cálculo de mayores gastos generales: El monto solicitado, ascendente a US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis con 88/100 Dólares Americanos, fue calculado del siguiente modo:

Cálculo de gasto general diario contractual

Monto total Gastos Generales Obra Civil (a)	US$ 14'800,938.91
Monto total Gastos Generales Obra electromecánicos (b)	US$ 9'438,156.25
Monto total GG Civil y electromecánicos (c)	US$ 24'239,095.16
Plazo de ejecución (d)	Días 915
Gasto General Diario (f=c/d)	**US$/día 26,490.81**

Cálculo de gasto general diario contractual

Monto total Gastos Generales tubería Forzada (a)	US$ 3'409,585.06
Monto total Gastos Generales tubería Forzada - pique inclinado contractual (b)	US$ 2'916,047.29
Plazo de ejecución (d)	Días 525
Gasto General Diario (f'=c'/d')	**US$/día 940.07**

Cálculo de mayores gastos generales

Gastos generales diarios (f-f')	US$	25,550.74
N° de días de ampliación de plazo, por causal invocada		212
Total US$		**US$ 5'416,756.88**

4. Que esta explicación ha sido transcrita en las páginas 66, 67 y 68 de la demanda.

5. Que respondiendo a la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8 planteada por GyM, en un informe remitido mediante carta CSM-EGE 269/10 de fecha 29 de diciembre de 2010, la Supervisión recomendó rechazar la solicitud en atención a las siguientes consideraciones:

> ***"CONCLUSIONES Y DECLARACIÓN***
> ***Se ha analizado el Expediente 'Solicitud de Ampliación de Plazo N° 08 por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA', presentado por el Contratista, para determinar si corresponde otorgar una ampliación de plazo y el reconocimiento de mayores gastos generales, concluyendo en:***
>
> ***PLAZO***
> ***Según el análisis presentado en este Informe de la Supervisión se considera que el Contratista no tiene derecho de ampliación de plazo debido a que la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 03 ha sido motivada por responsabilidad del Contratista no enmarcándose dentro de lo estipulado en el Art. 265 del RECAE, y además solo corresponde ampliaciones de plazo cuando las razones de atraso son ajenas al Contratista tal como lo precisa la Cláusula Décimo Séptima del Contrato y el Art.° 259 del RECAE.***
>
> ***La Supervisión declara no procedente la solicitud de ampliación de plazo, recomendando se deniegue la solicitud de ampliación de plazo.***
>
> ***GASTOS GENERALES***
> ***Según el análisis presentado en este informe de la Supervisión, el Contratista no tiene derecho a reconocimiento de mayores gastos generales al no haberse otorgado ampliación de plazo.***

La Supervisión declara improcedente la solicitud de reconocimiento de mayores gastos generales al no haberse otorgado ampliación de plazo.

La Supervisión declara improcedente la solicitud de reconocimiento de mayores gastos generales, recomendando se deniegue la petición del Contratista de reconocimiento de pago de gastos generales".

6. Que, teniendo en cuenta lo señalado por la Supervisión, y de acuerdo a su propia evaluación de los hechos, mediante la Resolución de Gerencia General G-01-2011 de fecha 06 de enero de 2011, EGEMSA rechazó lo solicitado en todos sus extremos en atención a los siguientes fundamentos:

7. Que la solicitud había sido presentada extemporáneamente.

8. Que los atrasos en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado han sido ocasionados por GyM. Por lo tanto, la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8 no podía ser procedente en tanto no eran aplicables las causales señaladas en el artículo 258° del Reglamento.

9. Que uno de los representantes de GyM había rubricado un documento en el cual se dejaba expresa constancia de mantener el plazo de ejecución de la tubería forzada (pique vertical) considerado en el Cronograma de Avance de Obra vigente.

10. Que EGEMSA advierte que este hecho, pese a ser determinante para el rechazo de la solicitud efectuada por GyM, no ha sido siquiera mencionado en la demanda.

11. Que se había demostrado que si GyM no había logrado iniciar la ejecución de las obras correspondientes a la tubería forzada (pique vertical) en la fecha programada (2 de setiembre de 2010), fue debido a retrasos imputables al propio Contratista, ya que éste aún no tenía acceso a la zona indicada. Es decir, en cualquier caso GyM no habría podido iniciar las obras por causas que le son imputables. EGEMSA advierte nuevamente que este argumento, pese a ser determinante para el rechazo de la solicitud efectuada por GyM, tampoco ha sido objeto de pronunciamiento en la demanda.

12. Que finalmente, al haber declarado improcedente la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 8, no correspondía el reconocimiento de mayores gastos generales por la cantidad requerida por GyM.

13. Que EGEMSA considera que mediante su demanda, GyM pretende insistir con su infundado pedido de ampliación de plazo, sin embargo, como se detalla en la siguiente sección, la misma debe ser declarada infundada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO POR LOS CUALES LA PRETENSIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 8 DEBE SER DECLARADA INFUNDADA

POSICIÓN DE GyM

1. Que conforme se puede advertir al revisar la demanda:

   "(...) EL CONTRATISTA procedió a presentar su solicitud de ampliación de plazo N° 08, y ahora esta demanda, por la causal de atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante estipulada tanto en el artículo 42 de LA LEY como en el numeral 2) del artículo 258 del REGLAMENTO".

2. Que al desarrollar los fundamentos legales de su demanda, GyM explica que:

   "(...) la presente causal se encuentra sustentada en expedición de un adicional causado por la detección de defectos en el proyecto en tanto que se definió como punto de anclaje de la tubería forzada una zona en el que existe una falla geológica (...)".

3. Que EGEMSA señala que GyM explica que:

   "(...) esta demandase ha generado por el retraso en el cumplimiento de las prestaciones de EL CONTRATISTA por causas atribuibles a EGEMSA en vista que la aprobación, licitación pública, otorgamiento de buena pro y suscripción de un contrato de ejecución de obra pública que contiene errores, como la definición del punto de anclaje de la tubería forzada sobre una falla geológica generó consigo la imposibilidad de ejecución de los trabajos relativos a la Tubería Forzada y el Pique conforme a lo programado en el Cronograma de ejecución de obra aprobado al 19 de enero de 2010".

4. Que esta supuesta causal de ampliación habría culminado, según GyM, con la aprobación de Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado.

5. Que EGEMSA considera que resulta pertinente resaltar que los argumentos de GyM, tanto en la Ampliación de Plazo N° 8, como en su escrito de demanda, pueden dividirse en dos rubros. El primer rubro es la narración de hechos que GyM realiza para acreditar, según ellos, que

EGEMSA se habría demorado en aprobar el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Luego, en la demanda, y en el expediente de la Ampliación de Plazo N° 8, explican la nueva duración que tendrán las actividades relacionadas a la Tubería Forzada-Pique Inclinado, como consecuencia de la aprobación del Ampliación de Plazo N° 8.

6. Que, al respecto, EGEMSA sostiene que lo particular en este caso es que en ninguna parte del expediente que pretende sustentar la Ampliación de Plazo N° 8 o de la demanda, explican porqué la supuesta demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, tiene una incidencia en la ruta crítica de la Obra. En efecto, no indican en ninguna parte que ellos debieron iniciar la ejecución de una actividad en particular, pero que no pudieron hacerlo debido a la supuesta demora. A mayor abundamiento, EGEMSA señala que se encuentran ante una ampliación de plazo respecto de la cual el Contratista no ha señalado una fecha de inicio de la causal, de acuerdo a lo que se puede constatar al revisar la demanda o la Ampliación de Plazo N° 8.

7. Que EGEMSA argumenta que la incongruencia en la posición de GyM se evidencia también en el hecho que en el Expediente del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado se señala expresamente que su aprobación y ejecución no se afecta en forma alguna el Calendario de Avance de Obra. Sin embargo, luego que el mismo es aprobado por un monto cercano a los 20 millones de dólares, incluyendo todos los gastos que se derivan de su ejecución, solicitan el Ampliación de Plazo N° 8, narrando una serie de hechos que supuestamente sustentan una demora atribuible a EGEMSA, pero explicando la afectación del Calendario de Avance de Obra en el mayor tiempo que supuestamente demorarían las actividades del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado aprobada.

8. Que la Ampliación de Plazo N° 8 fue correctamente rechazada por EGEMSA, y la demanda de GyM deberá ser declarada infundada.

LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 8 FUE PRESENTADA FUERA DEL PLAZO

1. Que de acuerdo al artículo 259° del Reglamento:

> ***"Para que proceda una ampliación de plazo (...) 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 (...)"

2. Que en el presente caso, como ya lo han explicado, la causal invocada por GyM se basa en el retraso en el cumplimiento de sus prestaciones. Concretamente, la ejecución de los trabajos relativos a la Tubería Forzada - Pique Inclinado. Siendo esto así, la fecha de inicio y culminación de la causal invocada naturalmente se encuentran definidas por la fecha en las que debió iniciarse la ejecución de dicha Tubería (evidentemente, según el Cronograma de Avance de Obra vigente) y por la fecha en la que GyM inició esta actividad.
3. Que, así de este modo se tiene que:

   Fecha de inicio de causal: Fecha en la que de acuerdo al Calendario Avance de Obra vigente debía iniciarse la ejecución de los trabajos relativos a la Tubería Forzada – Pique Inclinado.

   Según el referido Calendario, los trabajos relativos a la tubería forzada - pique inclinado debían iniciarse el 2 de setiembre de 2010. Siendo ello así, si hubiese una demora atribuible a EGEMSA, el inicio de la causal sería en dicha fecha, no antes. Convenientemente a sus intereses, GyM nunca ha señalado cuál es la fecha de inicio de la causal.

   Fecha de culminación de causal: Teniendo en cuenta que la causal invocada por la propia parte demandante se refiere a la imposibilidad de desarrollar los trabajos relativos a la Tubería Forzada – Pique Inclinado, como sostiene que este Tribunal podrá advertir, la culminación de la causal solo puede encontrarse referida a la fecha en la que el Contratista inició dichos trabajos

4. Que en este caso, GyM inició los trabajos de Tubería Forzada el 18 de setiembre de 2010. En tal sentido, la causal de imposibilidad de ejecución invocada por el Contratista habría culminado en esa fecha.

5. Que GyM argumenta que la causal para la Ampliación de Plazo N° 8 culminó con la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Afirma que esto es falso, pues aun cuando GyM sostenga que requería de este pronunciamiento para dar inicio a sus actividades, ha quedado demostrado que en los hechos que los trabajos de dicha partida se habían iniciado desde el 18 de setiembre del año 2010. Ello se puede comprobar con los siguientes medios probatorios de la contestación: Reportes de Avance de Excavación Nº 000682 del 18 de setiembre de 2010, y Reportes de Avance de Excavación Nº 000669 y 000690 del 23 de setiembre de 2010, los cuales muestran el avance de obra en la Galería "D" tubería forzada (pique vertical); el reporte de Avance de Excavación Nº 000733 de fecha 18 de octubre de 2010, donde se aprecia el inicio de

trabajos en el nivel 1708.393 en chimenea – tubería forzada; Reporte de Excavación Nº 000924 del 01 de noviembre de 2010, el cual muestra trabajos en la ventana de ingreso – ALIMAK; el Reporte de Avance de Excavación Nº 000937.

6. Que teniendo en cuenta lo expuesto, habiéndose producido la culminación de la causal el 18 de setiembre de 2010, correspondía que de acuerdo a lo previsto en el Reglamento, GyM *"(...) solicitara, cuantificara y sustentara su solicitud de ampliación de plazo"* dentro del plazo de 15 días siguientes a esa fecha. Sin embargo, alega que GyM recién solicitó la ampliación el 22 de diciembre de 2010, determinando que su solicitud devenga en extemporánea. En atención a ello, y en cumplimiento de lo establecido por el Reglamento, EGEMSA rechazó la Ampliación de Plazo N° 8.

EL CALENDARIO DE AVANCE DE OBRA NO SE MODIFICA POR EL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO

1. Que EGEMSA manifiesta que el artículo 258° del Reglamento señala textualmente que:

> ***"(...) el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente (...)".***

2. Que, expresa que a pesar de que la Ampliación de Plazo N° 8 tendría que haberse sustentado en el Calendario de Avance de Obra vigente, que en este caso vendría a ser el Calendario de Avance de Obra aprobado mediante carta CHM-357-2010 del 24 de noviembre de 2010, sorprendentemente GyM ha sustentado su solicitud en el Calendario de Avance de Obra anterior, es decir aquél que fue aprobado en enero de 2010.

3. Que así, advierte que GyM ha manifestado que:

> ***"(...) esta demandante ha generado por el retraso en el cumplimiento de las prestaciones de EL CONTRATISTA por causas atribuibles a EGEMSA (...) conforme a lo programado en el Cronograma de ejecución de obra aprobado al 19 de enero de 2010".***

4. Que EGEMSA señala que GyM no ha sustentado cómo el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado modifica el Calendario de Avance de Obra vigente, incumpliendo expresamente lo señalado en el artículo 258° del Reglamento. Asimismo, EGEMSA hace notar que esto ya había sido objeto de pronunciamiento por parte de EGEMSA en la Resolución

mediante la cual se declaró la improcedencia del Ampliación de Plazo N° 8. Sin embargo, GyM en su demanda no ha explicado por qué considera que se debe seguir usando el Calendario de Avance de Obra del 19 de enero de 2010.

5. Que EGEMSA expresa que el problema es que GyM, al sustentar la AP8 en un Calendario de Avance de Obra que no está vigente, no ha tenido en cuenta la ampliación de plazo concedida por EGEMSA por noventa y dos (92) días calendario, que evidentemente, ha tenido un impacto respecto de la fecha de inicio de ciertas partidas de la Obra, entre las cuales se encuentra la Tubería Forzada-Pique Inclinado.
6. Que en el Calendario de Avance de Obra del 19 de enero de 2010, utilizado por GyM, la partida de Tubería Forzada – Pique Inclinado debería haberse iniciado el 3 de junio de 2010, mientras que en el Calendario de Avance de Obra vigente, dicha partida se inicia el 2 de setiembre de 2011. Como se puede constatar, ello implica una variación sustancial en el plazo que el Contratista tenía para iniciar los trabajos. A pesar de ello, el Contratista ha decidido no tener en cuenta la ampliación de plazo por noventa y dos (92) días calendario que le fue concedida, al argumentar su AP8, y fundamentar su demanda.

7. Que sin embargo, EGEMSA hace notar, como han mencionado, tampoco es el caso que el Contratista señale que su retraso se inicia el 3 de junio de 2010 de acuerdo al Calendario de Avance de Obra anterior. El Contratista no señala cuál es la fecha de inicio de su causal.

8. Que, lo cierto es que el artículo 258° del Reglamento establece expresamente que cualquier ampliación de plazo tiene que modificar el Calendario de Avance de Obra Vigente. Afirma que ello en este caso no ha ocurrido, no sólo porque el Contratista no eligió el Calendario de Avance de Obra Vigente, sino porque previamente GyM ya había reconocido expresamente que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no afectaba dicho calendario.

9. Que en efecto, EGEMSA asevera que GyM ha declarado expresamente en el numeral "4.9 Cronograma de Obra" del Expediente Técnico que dio lugar a la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, que:

> ***"La ejecución del Presupuesto Adicional N° 03 no altera el Cronograma de Obra, debido a que el Proyecto Definitivo (Pique inclinado) se ejecutará en el mismo plazo que el Proyecto Original (Conducto Forzado), es decir se mantiene los 525 días calendario de ejecución."***

10. Que en la misma línea, el numeral 4.15 – Pronunciamiento y Recomendación – Presupuesto adicional precisa que:

"El Presupuesto Adicional N° 03 de acuerdo al Cronograma vigente no se encuentra en la ruta crítica por lo que no genera ampliación de plazo ni reconocimiento de mayores gastos generales y el plazo de ejecución concordado entre Contratista y Supervisión será igual al previsto en el contrato para la partida 06 Conducto Forzado".

11. Que así, el Expediente Técnico del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, presentado por la Supervisión, con el acuerdo de GyM –como se puede constatar al verificar la firma del residente de Obra en dicho documento-, claramente estableció que el Calendario de Avance de Obra no se ve afectado por el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. En el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado se estableció claramente el tiempo de duración de cada actividad del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, y en ningún caso de determinó que excediera el plazo previamente establecido en la partida original.

12. Que, EGEMSA hace notar a este Tribunal Arbitral que si bien GyM dedica extensas partes de su demanda, y del expediente técnico del Ampliación de Plazo N° 8, para sustentar una supuesta demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, insinuando que la razón de la ampliación de plazo es esa, lo cierto que cuando se explica la supuesta afectación de la ruta crítica, se hace referencia únicamente a los cambios acordados al aprobarse el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. Es decir, la necesidad de la ampliación de plazo supuestamente se sustenta en la aprobación de un presupuesto adicional, que de acuerdo al propio dicho de GyM no causa modificación alguna al Calendario de Avance de Obra vigente.

13. Que, en ese orden de ideas, advierte que acoger la posición de GyM en su demanda implicaría amparar una actuación que claramente contraviene los actos propios de la demandante, infringiendo de esa forma un principio del derecho común expresamente aplicable según el TUO. Señala que se referien al principio del "*venire contra factum proprium non valet*".

14. Que, alega que como es de conocimiento, este principio proclama la inadmisibilidad de una conducta contraria a los propios actos. Se constituye como el límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, cuya base legal se encuentra en el principio contractual de la buena fe (específicamente, la buena fe objetiva o buena fe lealtad) y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente.

15. Que así, EGEMSA señala que esta regla que expresa *«nadie puede actuar válidamente contra los propios actos»*, implica que toda *«pretensión*

formulada por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada».

16. Que en el presente caso, EGEMSA señala que la infracción a este principio vendría dada por el ejercicio de la potestad de GyM de solicitar una ampliación de plazo, desconociendo la suscripción de un documento en el que expresamente declara que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no modifica el Calendario de Avance de Obra.

17. Que de esta forma, EGEMSA afirma que queda demostrado que el Calendario de Avance de Obra no se ve afectado por la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, no sólo porque la demandante se basó en un calendario que no estaba vigente, sino porque además GyM ha reconocido que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no genera modificación alguna en la ruta crítica de la Obra. Siendo ello así, la demanda debe declararse infundada.

CUALQUIER RETRASO EN LA EJECUCIÓN Y/O APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO LE ES ATRIBUIBLE A GyM

1. Que, EGEMSA argumenta que de acuerdo al artículo 42 del TUO:

> ***"El Contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual".***

2. Que en la misma línea, el artículo 258° del Reglamento señala que:

> **"(...) *el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:***
>
> – ***Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;***
>
> – ***Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;***
>
> – ***Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados".***

3. Que, de lo expuesto, resulta evidente que en ningún supuesto podría ampararse una solicitud de ampliación en hechos que denoten que los retrasos alegados fueron realmente ocasionados por causa atribuible al contratista. En atención a ello, a continuación explica que:

   i) Si existió retraso en la ejecución del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, este es imputable a GyM, y

   ii) Si existió retraso en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, este es imputable a GyM.

RETRASO EN LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO IMPUTABLE A GyM

1. Que, de acuerdo al Calendario de Avance de Obra vigente, la ejecución de la Tubería Forzada-Pique Inclinado debía durar 525 días, iniciando el 2 de setiembre de 2010 y concluyendo el 8 de febrero de 2010.

2. Que al respecto, de acuerdo a lo descrito en el Ampliación de Plazo N° 8, la Partida con la que se iniciaban los trabajos en la Tubería Forzada era: "Explanaciones /Tubería Forzada", actividad que a su vez tiene como precedente a la Partida "Excavación / nueva cámara de carga". La última partida a ejecutarse es Tubería forzada/ tubería forzada, que es precedente de la Partida 1era fase /operación experimental que se encuentra en la Ruta Crítica.

3. Que por lo tanto, cualquier demora en el inicio de la ejecución "Partida 06 Tubería Forzada" afecta el plazo contractual en el mismo número de días.

4. Que respecto del avance de estas obras, EGEMSA considera que este Tribunal debe tener en cuenta que el Tramo de Conducto forzado Horizontal (18.10 m) se mantenía conforme al proyecto original, es decir, no sufrió modificación para el nuevo concepto de conducto inclinado. En consecuencia, sostiene que GyM no tenía impedimento alguno de realizar la excavación del tramo horizontal (contractual sin modificación), trabajos que se inician desde la caverna de Casa de Máquinas.

5. Que en ese orden de ideas, EGEMSA advierte que GyM llegó a la Caverna de Casa de Máquinas a nivel piso de excavación de la Galería de Descarga con fecha 27 de julio del 2010, desarrollando un acceso en espiral dentro de la Caverna para descender banqueando el volumen de la Caverna, es decir, alejado del frente donde debería iniciar la excavación del Tramo Horizontal del Conducto Forzado, ya que para llegar a este debía concluir la excavación de la caverna de la Casa de Máquinas.

6. Que cabe precisar que el Conducto Forzado según Proyecto Contractual se inicia a la salida de la Cámara de Carga, continúa en superficie (Bloque de Anclaje "G") y luego sigue en subterráneo (Pique Vertical), terminando en la válvula esférica que se ubica en la Casa de Máquinas.

7. Que al respecto, refiere que cuando se analizaron las alternativas de modificación, se partió que había dos sectores inamovibles, Tramo 1: Salida Cámara de Carga – Bloque de Anclaje, y; Tramo 2: Válvula esférica – Conducto Forzado Horizontal, es decir independientemente de la alternativa elegida estos tramos podían ser ejecutados por el Contratista sin ningún impedimento técnico ni legal, ya que eran parte del proyecto contractual.
8. Que de igual modo, considera importante destacar que de acuerdo a su primer Plan de Trabajo (Tramo Superficial – Pique Vertical), GyM planteó trabajar el tramo superior de arriba hacia abajo y el tramo subterráneo de abajo hacia arriba.

9. Que EGEMSA relata que sucede que el 2 de setiembre de 2010 (fecha en la que según el Calendario de Obra vigente debieron iniciarse las obras en la partida objeto de este arbitraje) GyM no estuvo en condición para iniciar estos trabajos. En ese sentido, lejos de poder justificar la demora en la ejecución de la Obra debido a la detección de las fallas geológica en el área, tal como ha pretendido hacerlo GyM, señala que lo cierto es que el 2 de setiembre de 2010 la demandante no había habilitado el Funicular y de igual modo no se había concluido con la caverna de la Casa de Máquinas. Sin estos trabajos simplemente no se le permitía acceder a trabajar en la excavación del tramo superior y el Conducto Forzado Horizontal, menos aún al Pique inclinado.

10. Que en ese sentido, afirma que de acuerdo a lo señalado por la Supervisión, el 18 de setiembre de 2010 GyM inició los trabajos de acceso al Conducto Forzado denominado Galería "D" y nicho para el Alimak, pudiendo recién iniciar la excavación del Pique inclinado, y posteriormente el día 3 de noviembre de 2010 los trabajos de excavación del Conducto Forzado Horizontal, que era el punto de inicio de la Partida 06.

11. Que de este modo, EGEMSA asevera que queda demostrado que GyM no inició la ejecución del Conducto Forzado en la fecha prevista en el Calendario de Obra (2 de setiembre de 2010) debido a retrasos que son de absoluta responsabilidad del propio demandante, debido a que no había concluido los trabajos que le permitían iniciar la ejecución de el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado. En atención a ello, EGEMSA afirma que no cabe que ahora reclame un plazo adicional por la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, estando a que cualquier demora en su ejecución le es atribuible.

CUALQUIER DEMORA EN LA APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO DEDUCTIVO N° 3 – PIQUE INCLINADO ES IMPUTABLE A GYM

1. Que EGEMSA manifiesta que de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos de hecho de la contestación, se ha demostrado que GyM es responsable por la demora excesiva en efectuar el acceso al Punto G de la Tubería Forzada para realizar las evaluaciones geológicas necesarias para determinar la necesidad de la modificación de la partida objeto de arbitraje y, por ende, la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado y pese a haberse comprometido, y estar obligada, a la elaboración y la presentación de los presupuestos, análisis de precios de partidas nuevas y el desagregado de los gastos generales, el Contratista fue renuente a cumplir oportunamente con lo comprometido, retrasando la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado.

2. Que, EGEMSA considera que la conducta de GyM es grave, considerando que existe normativa vinculante que obligaba a dicha empresa a cumplir con la entrega oportuna de dicha información. Así, menciona que de acuerdo a los numerales 13.1 y 13.2 de la Directiva N° 01-2007-CG/OEA, para la aprobación del Ampliación de Plazo N° 8 se necesitaban los siguientes documentos:

> "*(...)*
> ***h) Presupuesto adicional de obra detallado.***
> ***Desagregado de los rubros que componen los gastos generales fijos y variables del presupuesto adicional de obra.***
> ***j) Acta de acuerdo de precios de las partidas nuevas, adjuntando: análisis de precios unitarios; rendimientos (mano de obra y maquinarias), cuadrilla de mano de obra y cotizaciones de insumos nuevos (mínimo 3).***
> ***k) Copia de los folios del Cuaderno de obra, donde se evidencie el origen y ocurrencias de las obras, que hayan generado el presupuesto adicional.***
> ***l) Especificaciones técnicas de las partidas nuevas.***
> ***(...)"***

3. Que, en un sentido similar, refiere que el artículo 265° del Reglamento establece lo siguiente:

> "(...) ***En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios del adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo***

como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado.

Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente".

4. Que EGEMSA sostiene que la necesidad de presentar un Expediente de Adicional de Obra que incluyera los análisis de precios y especificaciones técnicas de las partidas nuevas, así como el desagregado delos gastos generales fijos y variables propios del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, también fue prevista en el Contrato y en las Bases Integradas de la Licitación. En efecto, la Cláusula Sexta del Contrato estableció que:

   "6.40 EL CONTRATISTA es responsable de la dirección y conducción técnico administrativa de LA OBRA, lo que incluye en forma enunciativa la preparación de los informes técnicos correspondientes a LA OBRA que fueran solicitados por LA SUPERVISIÓN. También EL CONTRATISTA, es responsable de la programación de la ejecución de LA OBRA, la asistencia a reuniones de trabajo, la obtención y compra de materiales e insumos, la selección y contratación de servicios de transporte, las herramientas accesorios para el montaje, el desaduanaje, la logística, selección, contratación del personal, la confección de planillas, el pago de sueldos y salarios, la selección y pago a Subcontratistas, el pago de tributos y leyes sociales y en general en cualquier asunto relacionado con la dirección técnico - administrativa y ejecución de LA OBRA."

5. QueEGEMSA manifiesta que en la misma línea, la Sub Cláusula 10.2.2 Nuevos Precios Unitarios / Parte III Especificaciones Técnicas de Obras Civiles / Condiciones Generales de las Bases Integradas se establece lo siguiente:

   "Las modificaciones u obras adicionales que impliquen partidas no indicadas en el Presupuesto Contratado, o que requieran de materiales, suministros o mano de obra diferentes a los considerados en la Lista de Precios de Insumos, obligarán a determinar nuevos precios unitarios a concordar entre el Contratista y la Supervisión para su aprobación por la Contratante, mediante el respectivo Presupuesto Adicional.

   La determinación se basará en lo posible en partidas similares a las del Presupuesto Contratado que utilicen los

mismos insumos aplicables a los nuevos precios por definir.

Si esto no fuera posible y en todos los casos, el Contratista someterá a la aprobación de la Supervisión y de la Contratante un análisis detallado de los nuevos precios. Sólo se aplicarán previa aprobación."

6. Que EGEMSA indica que de este modo queda demostrado que pese a ser obligación de GyM cumplir con la presentación de un análisis detallado de los nuevos precios (Análisis de Precios y Especificaciones Técnicas de las Partidas Nuevas) y el Desagregado de los Gastos Generales Propios, GyM dilató la presentación de dichos documentos.
7. Que, de acuerdo a lo expuesto, le resulta claro que si existió algún retraso en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, o en su ejecución, este es imputable a GyM, por lo que no procede ampliación de plazo alguna. Siendo ello así, la demanda es infundada.

FUNDAMENTOS POR LOS CUALES NO PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE MAYORES GASTOS GENERALES, NI COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

1. Que, EGEMSA argumenta que de manera accesoria a la primera pretensión principal, GyM ha solicitado el reconocimiento de mayores gastos generales por la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco Millones Cuatrocientos Dieciséis Mil Setecientos Cincuenta y Seis y 88/100 Dólares Americanos), más IGV y los correspondientes intereses, así como costas, costos y gastos. A continuación expone los fundamentos por los cuales este Tribunal Arbitral no deberá amparar el pago de ninguno de estos conceptos.

NO PROCEDE EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES

1. Que, GyM sustenta su pedido en el artículo 260 del Reglamento, el cual presupone que se haya otorgado una ampliación de plazo contractual.

"Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual"

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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal".

2. Que EGEMSA señala que habiendo quedado demostrado que de ningún modo procede la concesión de una ampliación de plazo, este Tribunal Arbitral también deberá desestimar este pedido de reconocimiento de gastos generales.

3. Que, sin perjuicio de lo anotado, EGEMSA indica que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, tampoco implica ningún reconocimiento de mayores gastos generales. Ello, no solo porque se ha dejado constancia que la solicitud presentada se sustenta en un Calendario de Avance de Obra que no se encuentra vigente, sino que además GyM suscribió un documento en el que expresamente indicó que la aprobación del adicional no conllevaba al reconocimiento de mayores gastos generales. Nótese que al aprobarse el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, se autorizó el trabajo en obras por un monto adicional al pactado en el Contrato ascendente a US$ 2'905,521.12 (Dos millones novecientos cinco mil quinientos veintiuno con 12/100 Dólares de los Estados Unidos de América) que incluye todos los gastos correspondientes a su ejecución.

4. Que a partir de lo expuesto se colige que la solicitud de reconocimiento de mayores gastos generales carece de sustento jurídico, e incluso evidencia el desconocimiento por parte de GyM de los acuerdos arribados en el marco de la ejecución del presente contrato.

EL CÁLCULO DE LOS GASTOS GENERALES SÓLO COMPRENDE LAS PARTIDAS AFECTADAS

1. Que, sin perjuicio de que el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado incluye todos los gastos relacionados a su ejecución, considera importante precisar que el Contratista, al calcular los supuestos gastos generales que le corresponderían no tiene en cuenta lo expresamente señalado por el artículo 259 del Reglamento que establece que:

"(...) La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un Calendario de Avance de Obra Actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación

de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la resolución que aprueba la ampliación de plazo. (...)".

2. Que EGEMSA sostiene que el artículo citado establece literalmente que la reprogramación del Calendario de Obra deberá efectuarse únicamente en función a las partidas afectadas por la Ampliación de Plazo solicitada. Por tanto, le resulta evidente que de acuerdo a lo establecido en la norma, que no corresponde actualizar partidas del Calendario de Obra respecto de las cuales no ha habido afectación de la ruta crítica.

3. Que EGEMSA alega que teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 259° del Reglamento, y de su revisión conjunta con el artículo 260° del mismo cuerpo legal, es razonable concluir que cualquier gasto general que se deba pagar en el negado caso que se otorgue la Ampliación de Plazo, y se considere que la misma no debe ser sustentada, deberá ser únicamente en función a las partidas afectadas. Sostiene que esto no se deriva únicamente de una interpretación sistemática del Reglamento, pero además del más elemental sentido de justicia y equidad.

4. Que EGEMSA afirma que no puede considerarse en ningún caso, que la Ley pretende que la Entidad asuma gastos que no se han generado porque las partidas no se han visto afectadas. Consideran que este punto resulta indiscutible y en tal sentido se plantean la siguiente pregunta: ¿Cuál podría ser la finalidad de la norma si se entiende que la misma ordena que la entidad realice pagos por costos que el Contratista no va a asumir?

5. Que atendiendo a lo expuesto, EGEMSA asevera que el cálculo efectuado por el Contratista para liquidar los supuestos gastos generales no es exacto. Hace notar que el Contratista liquida tanto las partidas referidas a Obras Civiles como Obras electromecánicas, sin tener en cuenta que la ejecución de la tubería forzada (pique vertical) solo es respecto de las obras de construcción. En ese sentido, advierte que como es de su conocimiento, la Obra que tiene a su cargo el Contratista comprende dos partes básicas: i) las Obras Civiles, y las ii) las Obras Hidro-electro-mecánicas. Como se puede constatar al revisar el Expediente de Ampliación de Plazo, las partidas correspondientes a la Obra Hidro-electro-mecánica no se habrían visto afectadas por la supuesta suspensión del servicio de transporte de carga.

6. Que siendo ello así, afirma que no puede exigírsele a EGEMSA el pago de gastos generales por interrupción de las Obras Civiles, e incluir partidas que no se han visto afectadas. Alega que nos encontramos ante un caso en el que se solicita un pago de mayores gastos generales que no se han producido.

EL CÁLCULO DE MAYORES GASTOS GENERALES EFECTUADO POR GYM ES INCORRECTO

1. Que EGEMSA manifiesta que también es importante precisar, sin perjuicio de lo expuesto en los puntos precedentes, que GyM señala que le corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, iguales al número de días correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 8, aplicando la fórmula del gasto general diario, conforme a lo establecido en el artículo 261° del Reglamento.

> ***"Artículo 261.- Cálculo de Mayores Gastos Generales***
>
> ***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 referencia".***

2. Que EGEMSA señala que luego, describiendo las actividades que supuestamente se verían afectadas, GyM concluye que si bien el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado cuenta con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la Obra en general, motivo por el cual solo se cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado. Según GyM, este exceso arrojaría la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta seis y 88/100 Dólares Americanos).

3. Que EGEMSA asevera que esta cifra es obtenida luego de multiplicar el número de días de ampliación de plazo (212) que solicita, por los gastos generales diarios contractuales menos el gasto general diario del adicional:

Cálculo de gasto general diario contractual

Monto total Gastos Generales Obra Civil (a)	US$ 14'800,938.91
Monto total Gastos Generales Obra electromecánicos (b)	US$ 9'438,156.25
Monto total GG Civil y electromecánicos (c)	US$ 24'239,095.16

Plazo de ejecución (d)	Días	915
Gasto General Diario (f=c/d)	**US$/día 26,490.81**	

Cálculo de gasto general diario contractual

Monto total Gastos Generales tubería Forzada (a)		US$ 3'409,585.06
Monto total Gastos Generales tubería Forzada- pique inclinado contractual (b)		US$ 2'916,047.29
Monto total GG del adicional (c)		US$ 493,537.77
Plazo de ejecución (d)	Días	525
Gasto General Diario (f'=c'/d')		**US$/día 940.07**

Cálculo de mayores gastos generales

Gastos generales diarios (f-f')	25,550.74
N° de días de ampliación de plazo, por causal invocada	212
Total US$	**5'416,756.88**

4. Que, EGEMSA refiere que en relación a estos montos, es necesario señalar de acuerdo a la Cláusula Segunda del Contrato, para las Obras Civiles se aplicaría una tarifa de precios unitarios, mientras que para las Obras Electromecánicas se aplicarían precios globales, de conformidad a las especificaciones técnicas de las Bases Integradas.

5. Que EGEMSA afirma que esto incluso ha sido admitido por el propio Contratista, quien mediante carta N° 774-10-GyM S.A.-1652/CSM señaló que:

> ***"(...) el contrato N° 09-2009 no es contrato a Suma Alzada sino uno a precios unitarios que estipula el desarrollo de ciertos trabajos con partidas globales".***

6. Que abundando sobre este tema, señala que GyM manifestó que:

> ***"(...) Es oportuno mencionar que la definición de precios globales establece que son fijos y cuyo monto se determina en función a los datos brindados antes de su definición, por lo tanto podrían ser llamadas 'pequeños sumas alzadas' y que como tales obedecen a un precio fijo, por un objeto fijo, que debe ser definido de manera expresa y detallada (...)".***

7. Que en otras palabras, sostiene que para el Contratista lo correspondiente a los precios globales debe ser tratado como suma alzada.

8. Que en consecuencia, se colige que los alcances del Equipamiento Electromecánico deben ser tratados bajo este sistema, que el artículo 56° del Reglamento define del siguiente modo:

> ***"(...) En el sistema de suma alzada, el postor formulara su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor formulara dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento del objeto de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnicos, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que deben presentar como parte de la misma, es referencial. Este sistema solo será aplicable cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidos en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia (...)".***

9. Que a EGEMSA le resulta pertinente agregar que el precitado artículo 56° del Reglamento establece los sistemas o procedimientos que deben utilizados para determinar el precio y sus posibles ajustes: (i) suma alzada y (ii) precios unitarios, tarifas y porcentajes.

10. Que EGEMSA destaca que el concepto precio global no figura en el Reglamento, por lo que interpretando lo descrito en la definición de Precio Global en el Contrato, la oferta económica del Contratista y específicamente el artículo 56° del Reglamento se concluye que para las Obras Electromecánicas es aplicable el sistema a suma alzada, tal como el Contratista reconoce.

11. Que por otro lado, EGEMSA advierte que se debe tener en cuenta que conceptualmente los "Equipos Electromecánicos" se refieren al suministro de equipos; aspecto que se condice con el presupuesto ofertado por GyM, el cual comprende dos componentes:
    (i) Obras Civiles por un monto de US$ 69'494,312.58 (Sesenta y nueve millones cuatrocientos noventa y cuatro mil trescientos doce y 58/100 Dólares Americanos) lo cual incluye los gastos generales fijos y variables debidamente identificados: 5.90 y 26.85% respectivamente, y las utilidades.
    (ii) Equipamiento Electromecánico con un monto global de US$ 55'456,205.92 (Cincuenta y cinco millones cuatrocientos cincuenta y

seis mil doscientos cinco y 92/100 Dólares Americanos) sin identificación de gastos generales y utilidades.

12. Que los únicos gastos generales que son reconocidos contractualmente son los ofertados por GyM, los cuales corresponden a los Gastos Generales de la Obra, tal como se puede apreciar en el Desagregado de los Gastos Generales Contractuales presentado por el Contratista con Carta N° 708-10-GyM S.A.-1652/CSM.

13. Que en consecuencia, EGEMSA señala que no se puede permitir que GyM invente un monto de gastos generales para el Equipamiento Electromecánico, con el único fin de calcular los mayores gastos generales que pretende que EGEMSA le reconozca. Advierte que cualquier cálculo dirigido para establecer estos mayores gastos generales debe efectuarse con los montos de gastos generales establecidos contractualmente Por lo que, EGEMSA afirma que claramente el sustento presentado por GyM no cumple con esta condición.

14. Que, siendo ello así, por las razones expuestas, EGEMSA advierte que se debe rechazar la pretensión de pago de mayores gastos generales.

OPOSICIÓN POR LITISPENDENCIA: EL TRIBUNAL ES INCOMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SU PRETENSION ACCESORIA

1. Que EGEMSA manifiesta que antes de pasar a exponer los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales corresponde declarar infundada la Segunda Pretensión de la demanda y su Pretensión Accesoria, solicitan al Tribuna Arbitral que resuelva como cuestión previa a emitir un pronunciamiento sobre el fondo, la Oposición al arbitraje por Litispendencia, en la medida que la causal de ampliación de plazo que GyM está invocando para sustentar su Segunda Pretensión Principal, es la misma que ya fue planteada por ella misma en el proceso arbitral seguido entre las mismas partes en este mismo Centro de Arbitraje bajo el Expediente N° 1932-181-2010 (Secretario: Dr. Álvaro Aguilar).

2. Que en efecto, en el referido proceso arbitral, GyM señala que está pretendiendo una ampliación de plazo por 285 días calendario, mas el pago de gastos generales ascendentes a la suma de US$ 7'549,880.85 (Siete millones quinientos cuarenta y nueve mil ochocientos ochenta y 85/100 Dólares Americanos), por la demora en la ejecución de los trabajos imputable la Entidad, que consistirían exactamente en lo mismo que se plantea en la Segunda Pretensión Principal de este proceso: la supuesta licitación de un Expediente Técnico que resultaba defectuoso, al no haber previsto la existencia de restos arqueológicos en la zona de trabajo correspondiente al Km. 107.

3. Que EGEMSA señala que no se trata de ampliaciones de plazo diferentes, cuyos plazos se superponen, sino de la misma causal de ampliación, que en el caso del proceso arbitral mencionado, ha servido a la Contratista para sustentar su solicitud de Ampliación de Plazo N° 06, y que volvió a ser invocada por dicha empresa como sustento de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 09.

4. Que EGEMSA sostiene que esto quiere decir que ya existe un órgano arbitral que ha asumido competencia para establecer si se configuró la causal, vale decir, EGEMSA licitó un Expediente Técnico defectuoso o no, de manera que este Tribunal ya no podría pronunciarse válidamente sobre el mismo asunto de fondo, pues en tal caso, se estaría vulnerando la autoridad de la cosa juzgada del laudo arbitral, garantizada por el artículo 139 inciso 2 de nuestra Constitución.

5. Que por tanto, EGEMSA alega que a efectos de que este Tribunal pueda comprobar lo afirmado en la presente oposición, ofrecen como medio de prueba de la misma, el mérito de la demanda arbitral interpuesta por GyM en el citado proceso, la cual adjuntan en su escrito de contestación de demanda.

FUNDAMENTOS DE HECHO POR LOS CUALES LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN ACCESORIA DEBEN SER DECLARADAS INFUNDADAS

SINTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Que la controversia planteada en la Segunda Pretensión y su Accesoria, gira en torno al rechazo por parte de EGEMSA de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 9, por la causal de "atrasos en el cumplimiento de las prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante".

2. Que según GyM los atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones se debería a que EGEMSA habría "licitado un expediente técnico con serios errores de diseño que no advirtió la existencia de restos arqueológicos, los cuales interfieren seriamente imposibilitando la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente del Km. 107, lo que genera consigo la elaboración de un presupuesto adicional para la ejecución de un túnel de acceso que conecte las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, para que estas ultimas sean excavadas a través de las primeras".

3. Que, es decir, que GyM considera que para subsanar los defectos del Expediente Técnico, tanto EGEMSA como el Proyectista y la Supervisión tuvieron que dedicarse a buscar alternativas de solución para no afectar los restos arqueológicos, lo que los habría llevado a aprobar la ejecución de la denominada "alternativa e" o "alternativa 3" descrita anteriormente

(construcción de los desarenadores 5 y 6 a través de las naves de los desarenadores 7 y 8), retrasando con ello la ejecución de sus labores, lo que en su opinión constituye una causal de ampliación de plazo por demora atribuible a la Entidad.

4. Que como consecuencia de la necesidad de aprobar esta nueva solución técnica - GyM señala- que se habría afectado la ruta crítica de la Obra, al impedirle ejecutar los trabajos de construcción de los desarenadores 5 y 6 en el frente del Km. 107 dentro de los plazos establecidos contractualmente.

5. Que, de este modo, de acuerdo con GyM, se habría afectado el Cronograma de Avance de Obra, concretamente en lo referido a la ejecución de las partidas "Excavación en Subterráneo (CDesarenador, Naves 0S y 06)" (Id. 304), "Excavación en Subterráneo (CTunel de Conexión)" (Id. 3SS), "Excavación para Estructuras (CDesarenador, Naves 0S y 06) (Id. 306) "Trabajos de Concreto" (Id. 31S, 316, 317, 318), "Trabajos Hridromecánicos (CDesarenador, Naves 0S y 06) y "Operación Experimental" (Id. 15 y 16) correspondiendo la ampliación de plazo de 412 días calendario, a efectos que la fecha de finalización de la obra sea el 04 de marzo de 2013.

ANTECEDENTES RELEVANTES RESPECTO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 9

DESCUBRIMIENTO DE RESTOS ARQUEOLÓGICOS EN EL FRENTE DEL Km. 107

1. Que EGEMSA argumenta que durante los trabajos de desbroce realizados en el mes de setiembre de 2009, se detectó la presencia de restos arqueológicos en las zonas aledañas a las asignadas para la construcción de los desarenadores, lo cual fue anotado por GyM en el Asiento 63 del Cuaderno de Obra.

2. Que sin embargo, no es cierto que EGEMSA y la Supervisión asumieran desde esa fecha alguna imposibilidad o dificultad para ejecutar los trabajos en esa zona, de acuerdo al diseño del Expediente Técnico original, como lo afirma GyM.

3. Que dado que todos los estudios realizados con anterioridad por EGEMSA y el INC habían concluido en la inexistencia de restos arqueológicos en la zona, en un primer momento era prioritario determinar la extensión de tales hallazgos, y registrarlos, pues existían zonas que no estaban afectadas con tales evidencias, y en las que perfectamente podían llevarse a cabo los trabajos contratados.

4. Que lo que sí es cierto, es que EGEMSA encargó en el mes de enero de 2009, la elaboración del "Informe de Observación Arqueológica a las áreas donde se efectuarán las Obras de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica Macchupicchu", estudio que estuvo a cargo del Arqueólogo Lic. Mohenir Julinho Zapata Rodríguez.

5. Que como lo declara el propio autor del Informe, el objeto del encargo era definir si las obras comprometerían restos arqueológicos durante su ejecución:

> ***"(...) la empresa EGEMSA, me pidió realizar una visita para efectuar una primera observación arqueológica, donde se contraste en el terreno las obras civiles que se plantean efectuar en el estudio definitivo de rehabilitación de la segunda fase de la central hidroeléctrica de Macchupicchu, y si éstas comprometerían restos arqueológicos durante su ejecución."***

6. Que en relación con el sector del Km. 107, que es el que interesa para efectos del presente arbitraje, informa que el arqueólogo examinó el área del muro de encausamiento-bocatoma y canales de alimentación y concluyó:

> ***"Desde la perspectiva de la arqueología la construcción del muro de encausamiento y parte de la estructura de captación de aguas del rio Vilcanota no compromete ningún vestigio de carácter arqueológico, en razón que es un área que ya recibió intervención constructiva anterior y en la actualidad está en uso."***

7. Que, por otro lado, indica que en relación con el área donde de construirían las naves de los desarenadores, estableció que:

> ***"Desde la perspectiva de la arqueología el área de apertura de la caverna subterránea que se propone construir ya está intervenida y la pendiente tratada, y el área del subsuelo también se encuentra intervenida por la excavación de un túnel ahora tapado. Sobre la superficie del terreno donde estaría la boca de la caverna subterránea no hay ningún vestigio arqueológico que pudiera ser afectado. Es más, la pendiente del cerro es de aprox. 30 grados que es imposible exista una ocupación humana permanente."***

8. Que como puede apreciarse, EGEMSA actuó diligentemente, y procuró asegurarse que en la zona donde se realizarían las obras, no existía resto arqueológico alguno que pudiese terminar afectado.

9. Que EGEMSA advierte que no se limitó a enviar a un tercero para efectuar dicha constatación, sino que se aseguró que la zona fuera inspeccionada directamente por el propio personal del INC.

10. Que en efecto, alegan que con fecha 03 de febrero del año 2009, EGEMSA coordinó una inspección conjunta a las áreas donde se llevaría a cabo los trabajos en el frente del Km. 107, junto a los arqueólogos designados por el Instituto Nacional de Cultura (INC). Además, informa que en dicha oportunidad se levantó un Acta, concluyéndose que las obras a realizarse no afectarían restos arqueológicos:

    "En la visita en el Km. 107 se visitó el cerco de capacitación que será ampliado, el área donde se construirá las naves desarenadoras y las áreas donde se construirán los campamentos temporales, constatándose que dichas obras se harán en terrenos donde ya se efectuaron trabajos anteriores y no afectan restos arqueológicos."

11. Que además, EGEMSA sostiene que tramitó oportunamente ante la Comisión Técnica de Arqueología del INC, la aprobación del "Plan de Monitoreo Arqueológico y Memoria Descriptiva de la II Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica de Macchupichu". Documento que fue aprobado con fecha 29 de abril de 2009, mientras que su ampliación lo fue con fecha 20 de octubre de 2009, encontrándose también a cargo del arqueólogo Mohenir Julinho Zapata Rodríguez.

12. Que una vez aprobado el Plan de Monitoreo Arqueológico por parte del INC, se remitió una copia a GyM mediante Carta CHM-11-2009 del 15 de julio de 2009.

13. Que no es cierta la afirmación de que al realizarse los trabajos de replanteo topográfico en la zona asignada para la construcción de los dos primeros desarenadores (5 y 6), mediante calicatas, se haya determinado que los restos arqueológicos continuaban hasta la zona en que éstos se ubicarían.

14. Que esto no ha sido demostrado por GyM y no existe en el expediente ningún documento técnico que evidencie lo que se anota.

15. Que respecto de la Reunión de Obra N° 12 del 05 de setiembre, llevada a cabo entre el Contratista y la Supervisión, GyM tergiversa el contenido del acta respectiva, al señalar que en ella

    "(...) se indicó que se espera la visita del proyectista al Km. 107, para dar solución técnica *al hallazgo de restos*

arqueológicos en la zona asignada contractualmente para la construcción de los desarenadores".

16. Que de la revisión de dicho documento, que aparece a fojas 50 a 52 del Anexo 1 del Expediente de Ampliación de Plazo ofrecido como Anexo 4-A de la demanda, se aprecia que el acta simplemente señala que:

    "(...) se debe dar una solución técnica que aun no está claro (sic), se espera visita del Proyectista en el Km.. 107 para después analizar la parte contractual."

17. Que esto es importante, porque demuestra que GyM realiza una cita inexacta del documento para afirmar la existencia de restos arqueológicos en toda la zona de trabajo, cuando a dicha fecha no se tenía aún clara su extensión, ni se había definido cuál sería la solución técnica al problema, y si ello implicaría modificar el Expediente Técnico o no.

18. Que EGEMSA señala que es cierto que con fecha 06 de noviembre de 2009, se llevó a cabo una visita técnica al frente de trabajo ubicado en el Km. 107, con presencia de EGEMSA, el Proyectista y GyM, de lo que se ha dejado constancia en el Asiento N° 65 de fecha 07 del mismo mes y año.

19. Que sin embargo, refiere que nuevamente la demandante tergiversa las conclusiones de dicha inspección, señalando que en ella "*se determinó que sería necesario modificar* el diseño actual para superar las condiciones *arqueológicas, ambientales y geológicas de especial consideración*".

20. Que EGEMSA asevera que esto no es exacto. Sostiene que debe tenerse en cuenta que dicha inspección no se limitaba a evaluar la problemática de los restos arqueológicos, sino también las condiciones existentes del suelo y que influirían en el desarrollo de los trabajos y en la solución que podía darse a la problemática de tales restos (como terrazas geológicas por asentamiento, cono de deyección activo, presencia de material suelto).

21. Que en ningún momento se concluyó en la necesidad de modificar el diseño original, sino que se estableció que ello era una posibilidad que dependía de la evaluación que realiza el proyectista.

22. Que EGEMSA también alega que es falsa la cita que realiza la demandante, del contenido del Asiento 85 del Cuaderno de Obra. Menciona que en ningún momento se desprende del citado Asiento, que el Supervisor haya afirmado que el hallazgo de restos arqueológicos no ameritaba la suspensión de los trabajos de construcción de los desarenadores.

23. Que lo que el Supervisor señaló en dicho Asiento, es que este hallazgo no ameritaba suspender los trabajos de replanteo topográfico, porque estos darían información completa acerca de la presencia de muros inca, lo que permitiría evaluar su impacto sobre los desarenadores proyectados.

24. Que respecto de la minuta de Reunión N° 15 del 24 de noviembre de 2009, se señaló que allí se indicó la necesidad de realizar un estudio geofísico para determinar cuál era la superficie de roca que había en el lugar donde se ubicarían los desarenadores.

25. Que EGEMSA aclara que lo que se omitió señalar, es que dicho estudio era de su responsabilidad y formaba parte de los trabajos de Ingeniería Complementaria que estaban a su cargo de acuerdo al Contrato, al punto que en dicha reunión, ella misma señaló que pediría las cotizaciones para efectuar tales estudios.

26. Que por ello, alega que no resulta comprensible que luego se señale que EGEMSA era la responsable de evaluar y rediseñar el proyecto en función del contacto del material suelto (coluvial) con la superficie de la roca. Refiere que ello era responsabilidad de GyM, al igual que la elaboración del estudio Diamantino, al que se hace alusión en el numeral 19 de los fundamentos de hecho de la demanda.

27. Que EGEMSA afirma que no es cierto que modificar la ubicación de los desarenadores en el Expediente Técnico fuera una opción ineludible. Por el contrario, a dicha fecha, esto era considerado una *posibilidad*, que dependía principalmente de una variable: el costo que ello podía suponer para EGEMSA.

28. Que esto condicionaba fuertemente la opción que finalmente se iba a adoptar para solucionar este problema, existiendo varias alternativas de solución. Sin embargo, sostiene que hasta que ello no fuera definido, EGEMSA se encontraba imposibilitada de tramitar cualquier tipo de permiso o autorización ante el INC.

29. Que debe tenerse en cuenta además, que la presencia de restos arqueológicos no afectaba la zona de construcción de todos los desarenadores, sino únicamente aquella que correspondía a los desarenadores 5 y 6, por lo que podían llevarse a cabo los demás trabajos en la zona con absoluta normalidad.

30. Que EGEMSA asevera que es por ello, que mediante el Asiento N° 100 del 5 de diciembre de 2009, el Supervisor dispuso que "todos los trabajos que no afectan la zona en la cual se hayan encontrado restos arqueológicos deben continuar", agregando que "por ahora no existen trabajos del Contratista que puedan afectar la mencionada zona". Afirma que ello no es

cierto, puesto que en dicho Asiento la Supervisión reconocese que no era posible efectuar trabajos que afectasen restos arqueológicos, como lo afirma GyM.

SOBRE LA SOLUCIÓN TÉCNICA INICIALMENTE SUGERIDA: LA REUBICACIÓN DE LOS DESARENADORES EN UNA ZONA LIBRE DE RESTOS ARQUEOLÓGICOS, Y SOBRE LA RENUENCIA DE GyM DE ELABORAR UN PRESUPUESTO ESTIMADO DE DICHA SOLUCIÓN

1. Que EGEMSA manifiesta que el plazo contractualmente definido para la construcción de los desarenadores era de 644 días, trabajos que debían iniciarse el 01 de enero de 2010 y culminar el 06 de octubre de 2011.

2. Que es por ello, que señala que encontrándose próxima la fecha de inicio del plazo, era necesario definir cuál sería la solución técnica a aplicarse. Sostiene que como ha sido señalado, ello estaba condicionado de manera importante, por el costo que representaría para EGEMSA la modificación del Expediente Técnico, por lo cual era indispensable contar con un costo aproximado.

3. Que en un primer momento, la solución que aparecía como más viable, fue la de modificar la ubicación original de los desarenadores para colocarlos en una zona libre de cualquier hallazgo arqueológico. Así, se exploró la idea de trasladar los desarenadores hacia adentro del macizo rocoso, evitando la zona donde existían indicios de restos arqueológicos y salvaguardándolos frente a cualquier posible derrumbamiento o desplome.

4. Que EGEMSA explica que ello a su vez implicaba que los canales de alimentación debían extenderse para alcanzar la nueva ubicación de los desarenadores, y también que se modificara el recorrido de los canales de purga, todo lo cual significaría una modificación del Expediente Técnico original. Sin embargo, señalan que no estábamos propiamente ante un trabajo de *rediseño,* porque el diseño de los desarenadores en dimensiones, geometría, capacidad de conducción y desarenado, sistemas de controles y limpieza, etc. Seguirían siendo los mismos que se aprobaron en el Expediente Técnico original.

5. Que mediante el Asiento 137 del 09 de enero de 2010 del Cuaderno de Obra, GyM señaló que en vista que hasta la fecha no existía definición en cuanto al rediseño de los trabajos en el frente del Km. 107, la demora y las circunstancias que la provocan constituían causal de ampliación de plazo, la cual sería solicitada por el Contratista cuando la misma concluya, dentro de los plazos y de acuerdo a las formalidades que establecieran el TUO y su Reglamento.

6. Que mediante la Carta CSM-GyM 075/10 de fecha 16 de enero de 2010, la Supervisión remitió a GyM, cuatro (04) planos que formarían parte de la solución de diseño referida a la existencia de muros incaicos, e indicándose que los demás planos serían enviados a la brevedad posible.

7. Que EGEMSA afirma que es cierto que la construcción del proyecto original comprendía un total de 153 planos para la Bocatoma y los desarenadores. Pero lo que no es cierto, es que todos esos planos tuvieran que ser modificados, pues los cuatro (04) planos iniciales bastaban para realizar una estimación aproximada del costo de esta solución, mientras que para su implementación integral sólo se requería modificar como máximo ochenta y cuatro (84) planos.

8. Que los cuatro (04) planos entregados originalmente por la Supervisión a GyM no tenían como propósito que dicho contratista entregara un plan de trabajo integral y un presupuesto detallado sobre la reubicación de los desarenadores, sino únicamente que realizara una estimación aproximada del costo que dicha solución podía implicar para EGEMSA.

9. Que dicha estimación era importante, porque permitiría a la Entidad decidir si era conveniente seguir adelante con la reubicación de los desarenadores, o si debía buscar una solución alternativa. Sin embargo, GyM se negó a entregar ese cálculo aproximado, y en todo momento exigió los planos y documentos que recogieran todas las modificaciones del proyecto, pese a que eran innecesarios para efectuar dicha aproximación.

10. Que con este comportamiento, GyM pretendía impedir que EGEMSA pudiera adoptar una decisión definitiva, retrasándola, al tener el control de la información que la Entidad necesitaba para decidir. Nótese además que dicho cálculo aproximado no podía hacerlo la propia Entidad, porque aunque la solución que se estaba evaluando (reubicar los desarenadores) implicaba ejecutar mayores metrados de partidas que ya tenían precios unitarios establecidos en el Contrato, también existían algunos precios unitarios que no habían sido originalmente incluidos, y que por lo tanto tenían que ser negociados y pactados con GyM. Es por ello que únicamente el Contratista podía determinar, en un cálculo grueso, cuánto más costaría a la Entidad implementar esa solución, sin que se pueda imputar que esta demora resulta imputable a EGEMSA.

11. Que sin embargo, en vez de cooperar con la Entidad, GyM extendió el Asiento 159 del 19 de enero de 2010, y les remitió la Carta N° 025-10-GyMS.A.-1652/CSM del 20 de febrero de 2010, buscando en todo momento resaltar en ambos la supuesta "insuficiencia" de la información proporcionada por la Supervisión, y señalar que ésta constituye solo "una parte" de la solución integral, además de solicitar información adicional.

12. Que no es cierto que la información proporcionada hasta ese momento fuera insuficiente para lo que se requería. EGEMSA alega que aquí radica probablemente el mayor error en la posición del Contratista. Asimismo, insisten que EGEMSA no pretendía que GyM le alcanzara el rediseño completo de los trabajos en el frente del Km.. 107, debidamente presupuestado, lo único que se les solicitó, fue una estimación aproximada del costo de esta solución, para que nuestra entidad decidiera si podía asumirla económicamente, o si debía buscar una solución alternativa. Al no haberlo hecho, retrasó la toma de decisión por parte de la entidad.

13. Que EGEMSA señala que esto estuvo claro desde el principio. Ello se desprende de la lectura del Asiento 178 del 26 de enero de 2010, donde la Supervisión lo aclaró de la siguente manera:

> ***"Los planos remitidos en cumplimiento de lo acordado en Reunión de fecha 14.01.2010, son los básicos que permiten realizar un cálculo muy aproximado del costo del cambio de ubicación de las naves de los desarenadores. La modificación ha incrementado el canal de abducción, los túneles de alimentación y los desarenadores totalmente en caverna. (...) Creemos que para vuestra empresa, muy experimentada en obras de estas magnitudes, no les debe ser imposible realizar esta cuantificación (...)."***

14. Que pese a conocer que la definición de la solución dependía de la información que ella tenía que proporcionar, GyM continuaba exigiendo primero el rediseño completo de los desarenadores, con el único propósito de crear una inexistente causal de ampliación de plazo. Así cita lo señalado por el Contratista en el Asiento 197 del 05 de febrero de 2010:

> ***"Se reitera que es obligación de EGEMSA alcanzar al contratista el rediseño completo de los trabajos en el frente del Km.. 107, por lo que la demora en la entrega de la referida ingeniería es una causal de ampliación de plazo, que se encontrará vigente hasta que EGEMSA apruebe el rediseño a través de la emisión de la resolución del adicional correspondiente."***

15. Que como se puede apreciar, GyM sabía perfectamente que lo que se le solicitaba era un cálculo aproximado, y pese a ello, continuaba exigiendo el rediseño completo, y más aún, la resolución que aprobara el adicional de obra correspondiente.

16. Que sin embargo, EGEMSA explica que ello no era posible, porque sin la información del costo aproximado, EGEMSA no podía siquiera evaluar su viabilidad, y por lo tanto, era imposible elaborar el Expediente Final del

Adicional y Deductivo de Obra para que fuera aprobado por la Entidad según las normativa de la Contraloría General de la República sobre aprobación de adicionales de obra.

17. Que EGEMSA alega que no había incurrido en ninguna demora, siendo mas bien GyM quien retrasaba la toma de una decisión definitiva al negarle a la Entidad la información que necesitaba para adoptarla, por lo que no cabía invocar ninguna causal de ampliación de plazo por demora imputable a EGEMSA, menos aún si ello no afectaba la ruta crítica de la ejecución de la obra.

18. Que EGEMSA relata que luego, la Supervisión mediante la Carta CSM-GyM 099/10 recibida el 26 de febrero de 2010, mediante la cual se entregó a GyM un CD conteniendo cincuenta y cuatro (54) planos adicionales, y donde se señala además, que los cuatro (04) primeros planos que se adjuntaron a la Carta CSM-GyM 075/09 se enviaron justo en la fecha indicada como inicio de los trabajos, por lo que no existe retraso en la entrega de tales planos.

19. Que posteriormente, la Supervisión extendió el Asiento 219 de fecha 27 de febrero de 2010 (Anexo 2-K' del escrito de contestación de demanda), indicando que:

> ***"27. 02.10.***
> ***Asiento 219 de la Supervisión***
>
> ***Asunto: Respuesta a Asiento 178 del 05.02.10***
> ***Hasta la anotación de su Asiento N° 179, el Contratista no ha mencionado ninguna vez que "es obligación de EGEMSA alcanzar al Contratista el rediseño completo de los trabajos en el frente del Km. 107", contrario a lo que indica el Contratista en este mismo Asiento N\| 178 "se reitera que es obligación del EGEMSA (....).***
>
> ***Esto no es obligación de EGEMSA en el caso que se trate de trabajos que no son adicionales. Con la Carta CSM-GyM N° 075 se entregaron al Contratista los planos que constituyen la revisión de planos contratados de obras en el Km. 107, indicando que "estos planos forman parte de la solución de diseño referida a la existencia de los muros incaicos (...).***
>
> ***Por lo tanto se elaboró la adecuación de la solución de diseño mencionada a los planos contractuales. Según esta Carta N° 075 la Supervisión no considera estos trabajos como adicional, razón por la cual en su Carta N° 099 la***

Supervisión indica: en cuanto a los metrados para efectos de valorizaciones, los mismos serán pagados con los previstos en el presupuesto contractual, salvo las partidas que no estén contempladas en el presupuesto contractual (...) Si el Contratista considera estos trabajos como "adicionales" es su posición. (....).

Al respecto les manifestamos que las actividades previstas en Bocatoma según el Cronograma vigente (30-07-2009), no se encuentran en la ruta crítica. (...)."

20. Que a partir de allí, tanto el Contratista como la Supervisión extendieron Asientos en el Cuaderno de Obra, reiterando sus posiciones. El primero, exigiendo el rediseño completo de los desarenadores, así como la resolución de aprobación del respectivo adicional y deductivo de obra, como una condición para elaborar un plan de trabajo y un presupuesto de obra pormenorizado. La Supervisión, insistiendo en que existía ya una orden de inicio de los trabajos contractuales.

21. Que mediante la Carta CSM-GyM 137/10-JG del 26 de abril de 2010, la Supervisión remitió al Contratista un total de ochenta y cuatro (84) planos, completando la información que éste había solicitado para poder pronunciarse.

22. Que asimismo, EGEMSA señala que se solicitó a GyM que revisara estos planos y emitiera su informe técnico, con los mayores metrados de precios contractuales, incluyendo su propuesta de precios para aquellos ítems no previstos en el Contrato

23. Que desde el 16 de enero de 2010, fecha en que les fueron entregados los cuatro planos básicos para realizar una estimación económica, hasta ésta momento, habían transcurrido casi cinco (05) meses en que el Contratista venía retrasando la entrega de esa información, impidiendo que EGEMSA pudiera tomar una decisión definitiva acerca de la solución más viable al problema de los restos arqueológicos que afectaban parcialmente la zona de trabajo de los desarenadores 5 y 6.

24. Que a pesar de eso, EGEMSA sostiene que GyM no hizo entrega de dicha información de manera inmediata. Fue luego de varias consultas, reuniones, y de recibir diversas cartas de la Supervisión donde se le explicaba que lo que se requería únicamente era una estimación aproximada, que finalmente el 09 de julio de 2010, GyM remitió a la Supervisión la Carta N° 205-10-GyM S.A. 1652/CSM, GyM remitió a la Supervisión el "Presupuesto de Ejecución de Obras Civiles".

25. Que GyM alcanzó a la Supervisión su primera estimación económica de esta primera alternativa de solución técnica, luego de más de cinco (05) meses después de que le fuera solicitada (al entregarle los 04 planos básicos el 16 de enero de 2010).

26. Que sin embargo, EGEMSA alega que la estimación y los metrados correspondientes debieron ser ajustados en diversas reuniones con la Supervisión, y fue recién por Carta N° 311-10-GyM S.A. 1652/CSM del 23 de agosto de 2010, que el Contratista presentó a la Supervisión el "Presupuesto Revisado del Km. 107".

SOBRE LA DECISIÓN DE EGEMSA DE BUSCAR UNA NUEVA SOLUCIÓN TÉCNICA

1. Que EGEMSA argumenta que luego de evaluar en diversas reuniones el diseño, metrados y el costo implicados en la solución técnica de reubicar los desarenadores, EGEMSA consideró oportuno proseguir por el momento, con el diseño establecido en el Contrato, debido al alto costo que significaría ejecutar la reubicación de los desarenadores.

2. Que es por ello que mediante la Carta CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010, la Supervisión indicó al Contratista que debía continuar ejecutando los trabajos de acuerdo al diseño contractual, y que cualquier modificación le sería comunicada oportunamente:

> ***"1. Obras en el Km. 107.-***
> ***Se establece que se mantienen los planos, las cantidades y los precios unitarios contractuales referidos a las obras en el Km. 107. Las eventuales modificaciones serán indicadas al Contratista en el tiempo debido. Sin embargo, el Contratista puede iniciar las actividades contractuales, incluyendo presentación del método de trabajo."***

3. Que ante ello, EGEMSA expresa que mediante Carta N° 390-10-GyM S.A. 1652/CSM del 13 de setiembre de 2010, GyM realizó el acuse de recibo de la comunicación anterior, y señaló que procedería "de inmediato con las actividades de movilización de recursos humanos y materiales", dejando constancia de que no sería responsable de los costos de una eventual inmovilización de dichos recursos, en caso de presentarse restricciones que impidan el normal proceso de las obras. Esta comunicación fue transcrita en el Cuaderno de Obra, en el Asiento 563 del 14 de setiembre de 2010.

4. Que mediante el Asiento 608 del 24 de setiembre, GyM dejó constancia que luego de evaluado el impacto de la decisión del Proyectista y la

Supervisión, se había determinado la existencia de una causal de ampliación de plazo que sería elaborada y sustentada en los plazos correspondientes.

5. Que mediante anotación en el Cuaderno de Obra N° 541 del Cuaderno de Obra, de fecha 10 de setiembre de 2010, y la Carta No. 384-10-GyM S.A. – 1652/CSM de fecha 11 de setiembre de 2010, EGEMSA indica que el Contratista informó que durante las labores de desbroce y limpieza en el sector del canal de alimentación del frente Km. 107 aparecieron nuevos restos, que sumados a los anteriores (cuya existencia se comunicó con carta No. 353-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 06 de setiembre de 2010) restringían aun más las labores de el Contratista, en tanto que debió paralizar las labores en ambos casos, solicitando a la Supervisión comunicar a EGEMSA para que convocara a las entidades competentes para la verificación de la existencia de los restos arqueológicos encontrados y se determinaran las acciones a tomar.

6. Que EGEMSA señala que en el punto 6.3.1. de la minuta de Reunión N° 42 de fecha 27 de octubre de 2010, la Supervisión indicó que el Contratista debió presentar método de trabajo que incluye excavación de las naves 5 y 6. Asimismo, EGEMSA propuso analizar la posibilidad de abrir este frente de trabajo mediante un túnel de conexión entre las naves 7 y 8 y las naves 5 y 6.

7. Que mediante el Asiento N° 801 de fecha 01 de noviembre de 2011, el Contratista comunicó a la Supervisión que se concluyó los trabajos de excavación en el ingreso a desarenadores, quedando a partir de esa fecha una nómina de equipos paralizados en espera de solución de la interferencia de los restos arqueológicos con los desarenadores 5 y 6.

8. Que finalmente se indicó que el Contratista procedería conforme a lo indicado en el Asiento N° 748 de la Supervisión de fecha 18 de octubre de 2010, donde queda claro que solo se puede ejecutar los trabajos en superficie para las naves 7 y 8 de los desarenadores, quedando en espera los trabajos que corresponden a las naves 5 y 6, por motivo de las interferencias con restos arqueológicos manifestando que éstas han sido elevadas a consulta al proyectista.

9. Que con el Asiento N° 819 de fecha 02 de noviembre de 2011, la Supervisión solicitó a el Contratista su cooperación con "alguna alternativa", que permita trabajar en los desarenadores 5 y 6, sin desatar los muros de andenería Inca, mientras EGEMSA, tramitaba el permiso para su retiro y posterior reposición.

10. Que por otra parte, EGEMSA indica que la carta CSM-GyM 429 no significaba ninguna orden de paralización de trabajos en las naves 5 y 6 de

los desarenadores sino que significaba que el procedimiento de trabajo presentado se refiere solamente a las naves 7 y 8, mientras que para las naves 5 y 6 Contratista debía presentar un procedimiento con la solución de seguir con estos trabajos sin desestabilizar el área de muros Inca. Indicando finalmente que una de las soluciones ha sido propuesta en la Reunión semanal del 28 de octubre de 2010, que considera un túnel de conexión entre las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, que permita acceso a estas últimas y por lo tanto su ejecución sin paralización alguna.

11. Que mediante la carta N° 651-10 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 12 de noviembre de 2010, el Contratista remitió en calidad de cooperación dos esquemas de solución para la construcción de un túnel de acceso entre las cavernas que albergarán a los desarenadores de las naves 5, 6, 7 y 8 lo que permitiría la excavación de los desarenadores 5 y 6 sin alterar el terreno natural en el cuál se encuentran los restos arqueológicos, mientras que EGEMSA continuaba con la elaboración del proceso de "anastilosis" de los muros inca.
12. Que se hizo especial énfasis en que la ingeniería completa y metrados para cada cambio que se desee implementar en el proyecto se encuentra a cargo de EGEMSA.

13. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1060 de fecha 17 de diciembre de 2010, advierte que el Contratista dejó constancia que en Reunión realizada en oficinas de Supervisión el día domingo 12 de diciembre de 2010, el Ing. Bernard Stabel, especialista del Proyectista, después de haber visitado el frente Km. 107 en el sector de excavación de caverna para desarenadores, entre otras recomendaciones a tener en cuenta para los trabajos subterráneos, indicó que: se puede construir las naves 5 y 6 desde el fondo de las naves 7 y 8, para lo cual realizará una propuesta para excavar las naves 5 y 6 desde el interior del macizo rocoso hacia fuera, apoyándose en el túnel exploratorio existente; el cual No. debe ser ampliado ni disturbado (la comunicación de este túnel exploratorio a las naves 5 y 6 será por una entrada que debe excavarse de forma manual).

14. Que finalmente, EGEMSA sostiene que se solicitó a la Supervisión confirmar lo recomendado por el Ing. Stabel, por los medios formales que establece el Contrato a efectos de implementar su inmediata aplicación, haciéndose especial énfasis en que la demora en dicha misión solicitada, podría generar riesgos en las excavaciones efectuadas con las consecuencias implícitas las mismas que no serán de responsabilidad del Contratista.

15. Que EGEMSA explica que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 53, de fecha 01 de febrero de 2011, la Supervisión informó de la existencia de dos alternativas de solución a la interferencia de los muros Inca con la

ejecución de las naves 5 y 6. Ante estas el Contratista indicó que procederá con la evaluación de impacto en costo y plazo.

16. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1314 de fecha 04 de febrero de 2011, el Contratista dejó constancia que en Reunión sostenida el día miércoles 02 de febrero de 2011, en el sitio de la obra, en el frente Km. 107 con presencia de los representantes de EGEMSA CSM, y GyM S.A. 1652/CSM de fecha 25 de febrero de 2011 acordando la ejecución de un muro de gaviones de mayor longitud y pegado al cerro, dando lugar a una curva horizontal. El representante de EGEMSA dio instrucciones para que dicha muro de gaviones se ejecute lo antes posible.

17. Que en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 54 de fecha 08 de febrero de 2011, la comunicación de la existencia de dos alternativas de solución a la interferencia de los muros Inca con la ejecución de las naves 5 y 6 se mantuvo tal cual se discutiera en la Reunión N° 53. Ante ello, el Contratista reiteró que procederá en la evaluación de impacto en costo y plazo.

18. Que en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 55 de fecha 15 de febrero de 2011 se reiteró lo indicado en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 54 de fecha 08 de febrero de 2011. Informa que el Contratista presentaría un Cronograma de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista ante la Supervisión.
19. Que mediante la Carta N° 203-2011, GyM S.A. 1652/CSM de fecha 16 de febrero de 2011 el Contratista dio cumplimiento a sus compromisos según indicado en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 55 de fecha 15 de febrero de 2011 y remitió los Cronogramas de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista en la respectiva Reunión.

20. Que en el punto 6.2.6 de la minuta de Reunión N° 58 de fecha 08 de marzo de 2011, relata que la Supervisión dejó evidencia que ha propuesto una tercera alternativa para la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores y requiere a el Contratista la entrega de un plan de trabajo para tales efecto.

21. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1406 de fecha 11 de marzo de 2011, la Supervisión dejó constancia de los resultados de la Reunión técnica llevada a cabo el día 03 de marzo de 2001 en compañía de representantes de el Contratista, la Supervisión y el ingeniero Bernhard Stabel especialista del Proyectista. Como resultado de esta reunión la Supervision y el ingeniero Stabel coincidieron una tercera alternativa a la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores

22. Que EGEMSA aclara que se resaltó que la ejecución del afrontonamiento de las naves 5 y 6, sólo se podrá realizar una vez que se retiren los muros

inca, por otra parte se indicó que existe la necesidad de excavar la caverna de los desarenadores 5 y 6 el Contratista necesita un ingreso independiente a la nave de los desarenadores 7 y 8 sin interrupciones. En vista de ello la Supervisión ordena a el Contratista la ejecución de los trabajos de limpieza del tramo del túnel existente en sus primeros 30.0 metros, excavar la rampa de acceso a los desarenadores 5 y 6, indicando que las partidas involucradas en el acceso serán pagadas con las partidas contractuales 02 Bocatoma – Desarenador.

23. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 12 de marzo de 2011, la Supervisión indicó textualmente lo siguiente:

> ***"En atención a los documentos de las referencias y a la necesidad de dar inicio a los trabajos de excavación de los Desarenadores 5 y 6, es que en visita de trabajo el día jueves 03 de marzo de 2011, se constituyeron en la obra el Contratista y la Supervisión conjuntamente con el Especialista en Geotécnica Ing. Bernhard A.M. Stabel.***
>
> ***Durante la visita el Ing. Stabel recién pudo ver e ingresar con la suficiente iluminación al túnel auxiliar de acceso a la excavación del túnel de aducción I fase.***
>
> ***Verificada la presencia de roca en el frontón del segundo nicho existente y los puntos de perforación donde se encontró roca, es que recomendó acceder a la nave de los desarenadores 5 y 6 desde el hastial de la intersección del nicho y el encuentro del túnel auxiliar y la nave 5 y 8.***
>
> ***En base a lo recomendado, se ha desarrollando la rampa de ingreso al desarenador 5 y 6 (Ver esquema adjunto), la rampa de acceso tiene una longitud de 15.00m y una sección de 3.50m de base y 4.00m de altura, la pendiente de la rampa es de 12%.***
>
> ***En el túnel existente se ha encontrado un volumen de 175m3 de material que deberá ser eliminado y el volumen a ser excavado para la rampa es de 178m3 que posiblemente sea roca tipo II o IV.***
>
> ***En vista que esta alternativa de ingreso a los desarenadores cuenta con la conciliación Contratista – Supervisión y la recomendación del Ing. Stabel, que la incidencia económica es mínima y basados en la carta CHM – 114 – 2011, es que se autoriza realizar dicha rampa***

y acceder a los desarenadores 5 y 6 a través del túnel existente y rampa, para realizar los trabajos contractuales".

24. Que EGEMSA, indica que con Carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, el Contratista remitió el Presupuesto Adicional N° 13 denominado "Túnel de acceso al desarenador 5 y 6" para excavación de parte de las naves 5 y 6 del desarenador Km 1073, ante interferencia de los muros incas, conforme a la información proporcionada con la carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 13 de marzo de 2011, es decir según la alternativa No. 03 el cual consta de las Generalidades, Descripción de los Trabajos, Sustento de Metrados, Gastos Generales Propios, Presupuesto del Adicional y Afectación en Cronograma de Obra actualizado por el impacto generado por la ejecución del Adicional N° 13.

25. Que EGEMSA expresa que se dejó expresa constancia que con la ejecución de la excavación del túnel, conforme a la Alternativa N° 03, inevitablemente se afectará la estabilidad del pilar existente entre los dos desarenadores; por lo que se permitían recomendar "el relleno y sellado" posterior de dicho acceso provisional con dos muros de concreto armado, uno a cada extremo del acceso provisional y con concreto de baja resistencia y sin armadura, el túnel de acceso provisional a construir para acceder al macizo rocoso de las naves 5 y 6 de desarenadores, alternativa que el especialista de la Supervisión deberá confirmar y validar, de manera tal que el presupuesto adicional sea posteriormente completado, toda vez que la presencia del túnel existente se constituye en un sector que pone en riesgo la estabilidad del tabique natural rocoso existente entre las cavernas de desarenadores a construir cuya solución de ingeniería deberá ser emitida por el Proyectista o a cualquier consultor que la Entidad considere.

26. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 825-JG de fecha 19 de marzo de 2011, refiere que la Supervisión emitió sus impresiones respecto a la presentación del Presupuesto Adicional N° 13, opinando que el costo es elevado.

27. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N°1490 de fecha 31 de marzo de 2011, la Supervisión indica que el suspender la ejecución de los trabajos de la rampa de acceso a las naves 5 y 6 de los desarenadores, el Contratista está desacatando una orden impartida por la Supervisión, por lo que las consecuencias de este hecho serán de su entera responsabilidad.

28. Que mediante la Carta N° CSM-GyM 873-DC de fecha 04 de abril de 2011, sostiene que la Supervisión indicó que el día 30 de marzo de 2011, se hizo contacto con el hastial derecho del Desarenador 6 (progresiva 0+012.80 desde el inicio de la rampa o progresiva 0+042.20 desde el inicio del túnel existente). Advierte que el contacto con el hastial derecho del Desarenador 6 e izquierdo de la rampa, está ubicado 0.30 m. más delante de la tercera

cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6 (adicional 5).

29. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1550 de fecha 11 de abril de 2011, el Contratista dejó constancia del acaecimiento de hito que define presentación de novena ampliación de plazo y la primera solicitud de ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles EGEMSA según el siguiente tenor:

> ***"Conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM 873-DC, el día 30 de marzo de 2011 se ha producido el hecho físico que da lugar al contacto con el hastial derecho del desarenador 6 que está ubicado 0.30 m más delante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6.***
>
> ***A partir de este hito es que se da lugar a la posibilidad física de la ejecución de parte de los trabajos contractuales, correspondientes a la excavación de las naves N° 5 y 6 de los desarenadores, permitiendo con ello que la paralización de los trabajos en estas naves de resuelva de manera parcial, quedando aún pendiente de solución la interferencia en las progresivas 00+12.50 de las referidas naves, toda vez que aún se persiste la existencia de la interferencia de los muros inca, los cuales no fueron señalados en el expediente técnico del Contrato de Obra No. 009-2009.***
>
> ***Por lo expuesto y en vista de que esta interferencia constituye una causal de ampliación de plazo que no tiene fecha próxima de solución, al amparo de los términos del artículo 259 del RLCAE, El Contratista solicita una primera ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles EGEMSA, por la paralización total de la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107. En tal sentido, procederemos a presentar dentro del plazo legal, nuestro expediente de solicitud de ampliación de plazo parcial".***

30. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1551 de fecha 11 de abril de 2011, el Contratista dio respuesta a los Asientos Nos. 1430, 1434, 1490, 1493 y 1498 de la Supervisión (según corrección de numeración indicada en el Asiento N° 1512, aclaró que las opiniones de la Supervisión,

deciden contravenir abiertamente las normas de contratación que la obligan a respetar la ley y sus preceptos, es así que en respeto a estas normas que el Contratista decidió "no acatar" la "orden" de la Supervisión, prefiriendo en su momento dar prioridad al irrestricto respeto de las normas de orden público que informan el Contrato suscrito con la Entidad.

31. Que, considera necesario recalcar que lo indicado en su Asiento No. 1498 equivoca el concepto de nulidad, ya que esta potestad viene dada por el propio Código Civil que dan de antemano por nula toda disposición en contra a las normas de orden público, como lo es la "orden de proceder" con la ejecución de un adicional que no cuenta con aprobación expresa de la Entidad, emitida por la Supervisión".

SOBRE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 09 PRESENTADA POR GYM Y LA DECISIÓN RECAÍDA SOBRE ELLA

1. Que EGEMSA argumenta que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09, fue presentada en la misma fecha, mediante Carta N° 418-11-GyM S.A. 1652/CSM del 13 de marzo de 2011. Ante ello, mediante la Carta N° CSM-EGE-379-JG de fecha 20 de abril de 2011, la Supervisión emitió su informe, confirmando la improcedencia de lo solicitado, por las razones que allí se exponen.

2. Que por tanto, EGEMSA sostiene que luego de ser evaluados sus argumentos, se emitió la Resolución de Gerencia General N° G-38-2011 de fecha 28 de abril de 2011, rechazando la Ampliación de Plazo solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO POR LOS CUALES LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SU PRETENSIÓN ACCESORIA DEBEN SER DECLARADAS INFUNDADAS

MARCO LEGAL APLICABLE A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO SOLICITADA

1. Que EGEMSA, explica que como ha sido señalado anteriormente, GyM sustenta su pedido de ampliación de plazo en la existencia de una demora en la ejecución de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. Al respecto, señala que si bien esa posibilidad aparece reconocida en las normas contractuales y legales aplicables al presente caso, ello está condicionado a la modificación del Calendario de Avance de Obra.

2. Que EGEMSA alega que en efecto el Numeral 10 de las Bases Integradas de la Licitación Pública LP-01-2008, se señaló lo siguiente:

"Numeral 10. Ampliaciones de Plazo

El Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

- ***Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.***
- ***Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.***
- ***Caso fortuito o fuerzas mayores debidamente comprobadas.***
-

Para que proceda una ampliación de plazo, deberá observarse el procedimiento y plazos regulados en el Reglamento. La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si estas conllevan la modificación del Calendario de Avance de Obra."

3. Que, por otro lado, en la Cláusula Décimo Sétima del Contrato N° 09-2009, se estableció el derecho de GyM a que se prorroguen los plazos contractuales cuando se generen atrasos efectivos por causas no imputables a dicho contratista. Veamos

"17.1.10. EL CONTRATISTA tendrá derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originaran atrasos efectivos en la ejecución de las obras."

Además, en la misma cláusula, se estableció también una regulación del Calendario de Avance de Obra:

"17.4.1. El Cronograma de Avance de Obra no podrá ser modificado sino mediante resolución de EGEMSA, ante la solicitud del Contratista de modificar dicho programa, previa evaluación y recomendación por la Supervisión, de acuerdo con el artículo 42 de la LCAE y los artículos 258, 259 y 260 del RECAE"

4. que, EGEMSA argumenta en cuanto a la regulación contenida en la LCAE (Decreto Supremo 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), el artículo 42° de dicha norma dispone lo siguiente:

"Artículo 42.- Adicionales, Reducciones y Ampliaciones.-
(...)
El Contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su

voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual."

5. Que, agrega que por su parte, el RECAE (Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) establece las causales, procedimiento y efectos de la ampliación del plazo contractual, en sus artículos 258 y 259. Así cita lo siguiente:

"Artículo 258.- Causales.-

De conformidad con el Artículo 42 de la Ley, el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:
- ***Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.***
- ***Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.***
- ***Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados."***

"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 la 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."

6. Que, como se puede apreciar, de las normas legales y contractuales señaladas, EGEMSA alega que se desprende que para amparar la solicitud de ampliación de plazo planteada por el Contratista sería necesario: (i) que se acredite un retraso en la ejecución de las prestaciones es su cargo, (ii) que dicho retraso sea atribuible a la Entidad, y (iii) que se afecte el Calendario de Obra Vigente. Como veremos a continuación, estos

requisitos no se verifican en el presente caso. Para ello, debemos efectuar algunas puntualizaciones respecto del Calendario de Obra Vigente.

SOBRE EL CALENDARIO DE OBRA VIGENTE

1. Que EGEMSA refiere que un punto que resulta trascendental para resolver las dos ampliaciones de plazo planteadas en el presente arbitraje, consiste en determinar cuál es el Calendario de Obra Vigente, que servirá para determinar cuáles eran los plazos contractuales que existían para ejecutar las distintas actividades, y por lo tanto, en qué casos puede hablarse de un retraso.

2. Que en el presente caso, EGEMSA expresa que se tiene que el primer Calendario Contractual adecuado al inicio de la Obra fue aprobado el 30 de julio del 2009, es decir, a unos pocos días de iniciado el plazo de ejecución de la obra, lo que advierte que ocurrió como lo señala en su antecedentes, el 17 de julio del mismo año.

3. Que posteriormente, EGEMSA manifiesta que luego de los trabajos iniciales de trazo y replanteo topográfico, se aprobó el Calendario de Obra de fecha 20 de enero de 2010 (en adelante, el Calendario Original).

4. Que EGEMSA detalla que de acuerdo con este documento, la duración total de la Obra sería de 915 días, que se iniciaron el 17 de julio de 2009, y culminarían el 17 de enero de 2012.

5. Que en lo que respecta a los trabajos de construcción de los Desarenadores (Id. 251), señala que se estableció esta vez un plazo de 644 días, que debían iniciarse el 01 de enero de 2010, y culminar el 06 de octubre de 2011. A su vez, las excavaciones subterráneas para la construcción de dichos desarenadores (Id. 252), debían iniciarse el 30 de enero de 2010.

6. Que por otro lado, refiere que la excavación subterránea para el Túnel de Conexión (id. 304) estaba prevista para el 30 de mayo de 2010, con una duración de 78 días calendario. Finalmente, en cuanto a la actividad "Operación Experimental" (Id. 15 y 16), se había previsto una duración de 90 días, desde el 20 de octubre de 2011, hasta la fecha de finalización de la Obra, es decir, el 17 de enero de 2012.

7. Que en este punto, EGEMSA considera importante mencionar que en dicho Calendario, ninguna de las actividades descritas anteriormente formaban parte de la ruta crítica, pues gozaban de un margen de holgura para su ejecución.

8. Que EGEMSA sostiene que ello explica por qué en un primer momento el Contratista había previsto ejecutar los trabajos de construcción de los Desarenadores en 497 días y posteriormente modifica este plazo a 644 días, sin que ello significase extender el plazo total de la obra, y sin que existiera necesidad de explicar ni justificar las razones de dicho cambio ante la Supervisión. Precisamente, porque se trataba de partidas con margen de holgura, resultaba irrelevante que el Contratista las inicie antes, o después, o que se tome un mayor número de días para terminarlas, obviamente, siempre dentro del plazo total de la obra.

9. Que en este sentido, EGEMSA se cuestiona ¿qué actividades sí se encontraban en la ruta crítica de esta Obra?

10. Que EGEMSA manifiesta que de acuerdo a lo que se aprecia en el Calendario de Obra del 20 de enero de 2010, la ruta crítica incluía actividades ligadas a la Casa de Máquinas y a los trabajos realizados en el frente del Km. 122. Asimismo, explica que todas estas actividades tienen una holgura cero, de manera que la suma de todos sus plazos de ejecución, es lo que configura la ruta crítica. Afirma que tal como ya ha señalado, entre ellas, no estaba ninguna actividad de las desarrolladas en el frente del Km. 107, entre ellas, la construcción de los Desarenadores.

11. Que sin embargo, EGEMSA explica que con posterioridad a la aprobación del Calendario citado en el punto anterior, EGEMSA emitió la Resolución de Gerencia General N° G-060-2010 de fecha 25 de mayo de 2010, otorgando a GyM una ampliación de plazo de 92 días calendario de los 96 que había solicitado en su Ampliación de Plazo N° 02.

12. Que EGEMSA sostiene que esto significa que, a razón de la ampliación concedida, el plazo original de la obra que era de 915 días, pasó a ser de1007 días calendario.

13. Que sin embargo, el Contratista se negó a reconocer los efectos de esta ampliación, debido a que había cuestionado en la vía arbitral, la citada Resolución de Gerencia, pues consideraba que le debían reconocer aquellos 4 días calendarios adicionales que no se le habían reconocido.

14. Que en vista de ello, con fecha 24 de noviembre de 2010, menciona que EGEMSA con la opinión favorable de la Supervisión, aprobó un Calendario de Avance de Obra, que contemplaba los 92 días de ampliación de plazo concedidos (en adelante, el Calendario Actualizado), al considerar que aun cuando la decisión estuviera en controversia, ello sólo afectaba aquel extremo de los 4 días que habían sido rechazados, mientras que ambas partes estaban de acuerdo respecto de los 92 días que sí fueron concedidos.

15. Que EGEMSA indica es que precisamente este último, el Calendario Actualizado que fue aprobado el 24 de noviembre de 2010, el que debe tomarse en cuenta para evaluar si procedía o no la Ampliación de Plazo solicitada.

16. Que EGEMSA aclara que a partir de dicho documento –que incluye los 92 días adicionales reconocidos por la Entidad.- se debe establecer cuáles eran los plazos para ejecutar las diversas actividades, si hubo demora en ello, y si además dicha demora afectó la ruta crítica de la obra.

17. Que EGEMSA menciona que dicha posición no es aceptada por GyM, pues dicha empresa pretende que su Ampliación de Plazo sea evaluada en función del Calendario Original, porque al no contemplar los 92 días de ampliación, contiene plazos más cortos, y por lo tanto, una menor holgura en las partidas del frente Km. 107.

18. Que en opinión de EGEMSA, ello sería un despropósito, pues se llegaría al absurdo de que GyM desconociera eficacia a una ampliación de plazo que ella misma ha solicitado, y que además le ha sido concedida.
19. Que asimismo, señala que GyM pretendería que el Tribunal Arbitral evalúe su solicitud de Ampliación de Plazo en función a un Calendario de Avance de Obra que no es el vigente, desconociendo así los efectos de una decisión administrativa que reconoce los 92 días adicionales de ampliación que ya fueron otorgados al Contratista.

20. Que dicho lo anterior, a continuación, EGEMSA pasa a analizar cada uno de los requisitos establecidos legalmente para la procedencia de una ampliación de plazo, con el objeto de demostrar que en el presente caso no se verifican.

21. Que para ello, EGEMSA señala que demostrará que la demora que se produjo por el hallazgo de restos arqueológicos ciertos sectores donde debían ejecutarse los desarenadores 5 y 6, no es una demora imputable a EGEMSA, quien actuó diligentemente y agotó todas las medidas necesarias para descartar que en dicha existieran restos arqueológicos, por lo que su hallazgo fue un suceso que estaba más allá de lo previsible. Por el contrario, afirma que fue el Contratista quien mediante su negativa a entregar el presupuesto aproximado que le fue requerido, determinó la demora en el inicio de los trabajos.

EL RETRASO PROVOCADO POR EL HALLAZGO DE RESTOS ARQUEOLÓGICOS NO PUEDE SER IMPUTADO A LA ENTIDAD

1. Que EGEMSA argumenta que de acuerdo al Calendario Original, los trabajos de las partidas agrupadas bajo el rubro "Desarenador", debían comenzar a ejecutarse el día 01 de enero de 2010; sin embargo, este

Cronograma no consideraba los 92 días calendario de ampliación ya concedidos como consecuencia de la paralización de las obras entre el 24 de enero al 28 de abril, los que sí estaban contemplados en el Calendario Actualizado.

2. Que si ello es así, advierte que queda claro que no hubo retraso alguno en la ejecución de los trabajos que pudiera ser imputado a EGEMSA.

3. Que en efecto, señala que no puede afirmarse que el hallazgo de restos arqueológicos en la zona del frente Km. 107, sea el resultado de un Expediente Técnico deficiente proporcionado por EGEMSA, porque la Entidad actuó diligentemente y tomó todas las medidas necesarias para conocer si en la zona existían restos arqueológicos que pudieran interferir con el desarrollo de los trabajos.

4. Que EGEMSA manifiesta que como ha sido señalado en sus antecedentes, EGEMSA encargó en enero de 2009 la elaboración de un "Informe de Observación Arqueológica a las áreas donde se efectuarán las Obras de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica Macchupicchu", estudio que estuvo a cargo del Arqueólogo Lic. Mohenir Julinho Zapata Rodríguez.

5. Que en relación con el sector del Km. 107, y específicamente el área donde se construirían los desarenadores, dicho arqueólogo señaló:

> ***"Desde la perspectiva de la arqueología el área de apertura de la caverna subterránea que se propone construir ya está intervenida y la pendiente tratada, y el área del subsuelo también se encuentra intervenida por la excavación de un túnel ahora tapado. Sobre la superficie del terreno donde estaría la boca de la caverna subterránea no hay ningún vestigio arqueológico que pudiera ser afectado. Es más, la pendiente del cerro es de aprox. 30 grados que es imposible exista una ocupación humana permanente."***

6. Que EGEMSA actuó diligentemente, y procuró asegurarse que en la zona donde se realizarían las obras, no existía resto arqueológico alguno que pudiese terminar afectado.

7. Que EGEMSA asegura que no se limitó a enviar a un tercero para efectuara dicha constatación, sino que se aseguró que la zona fuera inspeccionada directamente por el propio personal del INC.

8. Que en efecto, con fecha 03 de febrero del año 2009, EGEMSA coordinó una inspección conjunta a las áreas donde se llevaría a cabo los trabajos en el frente del Km. 107, junto a los arqueólogos designados por el Instituto Nacional de Cultura (en adelante, el INC). En dicha oportunidad se levantó

un Acta, concluyéndose que las obras a realizarse no afectarían restos arqueológicos:

> ***"En la visita en el Km. 107 se visitó el cerco de capacitación que será ampliado, el área donde se construirá las naves desarenadoras y las áreas donde se construirán los campamentos temporales, constatándose que dichas obras se harán en terrenos donde ya se efectuaron trabajos anteriores y no afectan restos arqueológicos."***

9. Que además, EGEMSA afirma que tramitó oportunamente ante la Comisión Técnica de Arqueología del INC, la aprobación del "Plan de Monitoreo Arqueológico y Memoria Descriptiva de la II Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica de Macchupichu". Documento que fue aprobado por el INC con fecha 29 de abril de 2009, mientras que su ampliación lo fue con fecha 20 de octubre de 2009, encontrándose también a cargo del arqueólogo Mohenir Julinho Zapata Rodríguez.
10. Que en las Conclusiones y Recomendaciones de dicho Plan de Monitoreo Arqueológico, se señaló lo siguiente:

> ***"1. En las Areas donde se debe construir las obras civiles de rehabilitación de la central hidroeléctrica de Macchupicchu: Sector del muro de encausamiento bocatoma y canal de alimentación (Km. 107) Area donde se construirán dos naves desarenadoras (Km. 107) (...) No existen vestigios arqueológicos, es más todas estas áreas son producto de intervenciones constructivas llevadas a cabo tanto en la construcción de la primera y segunda etapa de la C.H. Macchupicchu, así como en la primera fase de rehablitación."***

11. Que EGEMSA, argumenta que en todo momento realizó los actos y trámites necesarios para asegurarse que en la zona donde se llevarían a cabo las obras, no existían restos arqueológicos, de manera que el hallazgo de los muros incaicos en la zona de la obra, no le puede ser imputable, máxime si ha cumplido largamente con un parámetro de diligencia, al acudir precisamente al INC, que es la entidad administrativa especializada.

12. Que en consecuencia, la causal invocada no se configuraría, toda vez que no se encuentran ante un atraso en el cumplimiento de las prestaciones, por causas atribuibles a EGEMSA.

EL CONTRATISTA NO PUEDE RECLAMAR UNA AMPLIACIÓN DE PLAZO CUANDO LA SUPUESTA DEMORA, EN CASO DE EXISTIR, SERÍA IMPUTABLE A SU PROPIA CONDUCTA

1. Que sin perjuicio de lo anterior, EGEMSA señala que debe advertirse que en todo caso, quien incurrió en un retraso injustificado fue la propia GyM, quien pese a haber recibido con fecha 16 de enero de 2009 los planos básicos para efectuar un cálculo aproximado del costo de la reubicación de los desarenadores, que fue la primera solución técnica sugerida, no lo hizo sino hasta mucho tiempo después, el día 09 de julio.

2. Que en efecto, EGEMSA advierte que como ha sido señalado entre sus fundamentos de hecho de esta pretensión, GyM tardó casi seis (06) meses en entregar dicho cálculo, lo que hizo recién mediante Carta N° 205-10-GyM S.A.1652/CSM-GyM del 09 de julio de 2010.

3. Que pese a que existen diversos documentos que demuestran que GyM conocía que la Supervisión únicamente estaba solicitando un cálculo económico aproximado para poder decidir acerca de la viabilidad de la solución técnica propuesta por el Proyectista, agrega que dicha empresa en todo momento se refugió en el argumento de que la realización de dicho cálculo no era de su responsabilidad, sino de la Supervisión, confundiendo el presupuesto económico que se le había solicitado, con el Expediente definitivo de Adicional de Obra.

4. Que GyM alega además, que los cuatro (04) planos básicos que le fueron entregados por la Supervisión con fecha 16 de enero de 2010 eran insuficientes, y que la solución integral contemplaba los 153 planos. Afirma que ello no es cierto, porque no todos ellos debían ser modificados.

5. Que, es más, GyM alega que de los ochenta y cuatro (84) planos que la Supervisión le entregó mediante Carta Carta CSM-GyM 137/10-JG del 26 de abril de 2010, sólo cuarenta y tres habían sido modificados, mientras que los restantes estaban intactos, como se desprende del Informe N° 005-2010-ICCSM-CHM-IIET del 29 de marzo, elaborado por el Ingeniero Carlos Suarez Mendoza para el Jefe de Proyecto, antes de entregar tales planos al Contratista.

6. Que GyM sabía perfectamente que su propuesta económica era indispensable y que no podía ser realizada por la Supervisión, dado que era necesario contar con la propuesta del Contratista sobre los precios unitarios que estaban pactados originalmente en el Contrato.

7. Que, por ello, expresa que si hubo alguna demora respecto de la fecha en que debían iniciarse los trabajos de acuerdo con el Calendario Actualizado, la misma GyM fue quien motivó dicho retraso, pues si hubiera

proporcionado en su momento el presupuesto aproximado, como le fue solicitado por la Supervisión, la definición de la alternativa técnica se hubiese producido antes.

8. Que, en este sentido, insisten que fue GyM quien con su renuencia a efectuar el cálculo aproximado que le pedía la Supervisión, retrasó la toma de decisión acerca de la solución técnica a aplicarse.

9. Que, considera que si el Contratista hubiese realizado dicha estimación en base a los planos básicos que le fueron entregado el 16 de enero de 2010, EGEMSA podría haber tomado una decisión anticipadamente, descartando la solución de la reubicación de los desarenadores, y procediendo a la solución alternativa actualmente vigente, de ejecutar los desarenadores 5 y 6 a través dela nave de los desarenadores 7 y 8.

EL RETRASO EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS EN EL FRENTE DEL KM. 107 NO AFECTO LA RUTA CRÍTICA DE LA OBRA

1. Que sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, considera oportuno recordar que el artículo 259 del Reglamento impone al contratista la carga de solicitar, cuantificar y sobretodo sustentar su solicitud de ampliación de plazo, lo que supone entre otras cosas, demostrar cómo el supuesto retraso en la ejecución de las actividades respecto de la fecha prevista para su inicio, afectaba la ruta crítica de la Obra.

2. Que indica que ello es importante, porque no todo retraso genera tal afectación. Como ha sido señalado, existen partidas que tienen holgura en el plazo contractual para ejecutarlas, de manera que cualquier retraso no afecta la ruta crítica de la Obra, y por lo tanto, no puede dar lugar a que se modifique el plazo contractual.

3. Que en el presente caso, EGEMSA argumenta que la Contratista no ha sustentado la forma cómo operó la demora sobre cada una de las partidas cuya afectación está invocando, sino que se ha limitado a efectuar un recalculo de las fechas de finalización previstas para esas partidas, asumiendo que éstas forman parte de la ruta crítica de la obra, cuando ello no es así, y mucho menos si se tiene en cuenta que el plazo de la Obra ha sido ampliado en 92 días por efecto de la estimación parcial de la Ampliación de Plazo N° 02.

4. Que, efectivamente, tanto en el Calendario Original como en el Calendario Actualizado, las partidas invocadas por GyM que se encuentran vinculadas a los trabajos de excavación en el Km. 107 para la construcción de los Desarenadores, no forman parte de la ruta crítica, pues ésta está determinada únicamente por las siguientes partidas:

- Movilización (Km. 122)
- Explanaciones y veredas en campamentos. (Km. 122)
- Vivienda Campamentos Contratista + Supervisión
- Casa de Máquinas (Civil Subterráneo y Concreto)
- Mecánica (Turbina Francis + Regulador de Velocidad)
- Eléctrica (Generador + Regulador de Tensión)

5. Que en segundo lugar, EGEMSA alega que GyM no está considerando los 92 días de ampliación de plazo que ya le han sido concedidos en virtud a su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, y pretende que sus solicitudes de ampliación de plazo sean resueltas con un Calendario de Avance de Obra que ya no está vigente.

6. Que EGEMSA considera que dicha actitud es sumamente cuestionable, pues el Contratista pretende sustentar una supuesta afectación de la ruta crítica, utilizando el Calendario de Obra aprobado el 20 de enero de 2010 (que ya no está vigente) porque contiene plazos menores, para que de ese modo la holgura aparezca como menor, y presentar como críticas a actividades que no lo son.

7. Que además, EGEMSA alega que de la revisión del Calendario Actualizado, se desprende que el inicio de los trabajos en las naves de los desarenadores fue fijada para el 01 de enero de 2010, con una finalización el día 06 de octubre de 2011, con lo cual, existía una holgura de hasta 222 días calendario para que el Contratista pudiera concluir esos trabajos.

8. Que, en consecuencia, EGEMSA señala que al haber quedado demostrado (i) que GyM ha elaborado y sustentado su pedido de Ampliación de Plazo en un Calendario de Obra que no está vigente, (ii) que no existió demora imputable a la Entidad sino más bien un retraso injustificado de GyM, y (iii) que las partidas vinculadas a la construcción de los desarenadores en el Km. 107 no estaba comprendida en la ruta crítica de la Obra, corresponde que la pretensión de Ampliación de Plazo N° 09 planteada por el Contratista sea declarada infundada.

EN NINGÚN CASO PROCEDE EL PAGO DE GASTOS GENERALES SOLICITADOS POR GyM

1. Que EGEMSA sustenta que de acuerdo a lo establecido en el RLCAE, se establece que si no se otorga una ampliación de plazo, ni siquiera cabe analizar si corresponde o no el pago de gastos generales. En atención a que la pretensión de Ampliación de Plazo N° 09 solicitada por GyM es infundada, de esa misma manera, señala que debe declararse la pretensión sobre reconocimiento de gastos generales.

2. Que sin perjuicio de lo expuesto, en relación al cálculo que el Contratista realiza para cuantificar los gastos generales, considera necesario exponer las siguientes observaciones: Para efectuar el cálculo de los gastos generales el Contratista utiliza como base el Calendario Original aprobado el 20 de enero de 2010, el cual no está vigente, y no contiene ni el plazo ni los montos establecidos para la Obra.

3. Que siendo ello así, señala que es imposible que el Contratista pretenda efectuar un cálculo de gasto diario, partiendo de la premisa de que la Segunda Ampliación de Plazo no ha sido aprobada, cuando en realidad la misma ha sido concedida por EGEMSA, de modo que el plazo de ejecución de la Obra ya no son 915 sino 1007 días.

4. Que en todo caso, EGEMSA sostiene que el cálculo se tendría que hacer en función al Calendario Actualizado aprobado el 24 de noviembre de 2010, que es el vigente.

5. Que además, precisa que el Contratista, al calcular los supuestos gastos generales que le corresponderían no tiene en cuenta lo expresamente señalado por el artículo 259 del Reglamento, que establece que:

> ***"(...) La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un Calendario de Avance de Obra Actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la resolución que aprueba la ampliación de plazo. (...)"***

6. Que el artículo citado establece literalmente que la reprogramación del Calendario de Obra deberá efectuarse únicamente en función a las partidas afectadas por la Ampliación de Plazo solicitada. Advierte que resulta evidente, de acuerdo a lo establecido en la norma, que no corresponde actualizar partidas del Calendario de Obra respecto de las cuales no ha habido afectación de la ruta crítica.

7. Que teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 259° del Reglamento, y de su revisión conjunta con el artículo 260° del mismo cuerpo legal, es razonable concluir que cualquier gasto general que se deba pagar en el negado caso que se otorgue la Ampliación de Plazo N° 09, y se considere que la misma no debe ser sustentada, deberá ser únicamente en función a las partidas afectadas. Manifiesta que esto no se deriva únicamente de una interpretación sistemática del Reglamento, pero además del más elemental sentido de justicia y equidad.

8. Que no puede considerarse en ningún caso, que la Ley pretende que la Entidad asuma gastos que no se han generado porque las partidas no se han visto afectadas. Al respecto, EGEMSA señala que consideran que este punto resulta indiscutible, toda vez que se cuestionan: ¿Cuál podría ser la finalidad de la norma si se entiende que la misma ordena que la entidad realice pagos por costos que el Contratista no va a asumir?

9. Que atendiendo a lo expuesto, el cálculo efectuado por el Contratista para liquidar los supuestos gastos generales no es exacto. En efecto, hace notar que el Contratista liquidó todas las partidas del Contrato, sin tener en cuenta que la paralización sólo se refiere a las partidas de "Desarenador" del Km. 107, que forman parte de las "Obras Civiles".

10. Que en ese sentido, advierte que como es de conocimiento, la Obra que tiene a su cargo el Contratista comprende dos partes básicas: i) las Obras Civiles, y las ii) las Obras Hidro-electro-mecánicas. Tal, como se puede constatar al revisar el Expediente de Ampliación de Plazo, las partidas correspondientes a la Obra Hidro-electro-mecánica no se habrían visto afectadas por la supuesta suspensión de los trabajos de construcción de los desarenadores en el Km. 107.
11. Que, siendo ello así, EGEMSA señala que no puede exigírsele el pago de gastos generales por interrupción de estas obras que no se han visto afectadas. Opina que se encuentra ante un caso en el que se solicita un pago de mayores gastos generales que no se han producido. Asimismo, indica que según lo expuesto por el propio Contratista, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 es por la interrupción de las Obras Civiles, no corresponde el pago por otras partidas. Por ello, considera que si el Tribunal Arbitral decide que EGEMSA debe pagar algún tipo de gasto general, este sólo debe ser respecto de las partidas de las Obras Civiles del Km. 107 que fueron efectivamente afectadas.

12. Que atendiendo a lo expuesto, EGEMSA concluye que el cálculo efectuado por el Contratista para liquidar los supuestos gastos generales no es exacto. Primero porque se basa en un Calendario de Obra que no contiene los 92 días de ampliación de plazo que fueron aprobados por EGEMSA, de acuerdo a lo establecido en el Contrato. Pero además, porque liquida todas las partidas del Contrato, sin tener en cuenta que la supuesta afectación sólo sería respecto de las Obras Civiles del Km. 107. Así pues, dado que la liquidación efectuada por GyM es incorrecta, la pretensión debe ser declarada infundada.

13. Que por tanto EGEMSA solicita a este Tribunal Arbitral que se sirva declarar infundadas, en todos sus extremos, las pretensiones formuladas por GyM, con expresa condena del pago de las costas, costos y gastos arbitrales incurridos por su parte.

II.6 OTROS ESCRITOS PRESENTADOS POR EGEMSA ADICIONALES A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA A TENER EN CUENTA EL TRIBUNAL ARBITRAL

- Escrito N°1 presentado por EGEMSA de fecha 08 de Febrero de 2011, por el cual absuelven la petición de arbitraje, designa árbitro y absuelve pedido de acumulación de procesos.

- Escrito N° 1 de fecha 24 de mayo de 2011 presentado por EGEMSA, por el cual absuelve petición de arbitraje, designa árbitro y absuelve pedido de acumulación de procesos.

- Escrito de fecha 18 de agosto de 2011 presentado por EGEMSA, por el cual adjuntan los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación de demanda, así como un disco compacto (CD) conteniendo dicho escrito.

- Escrito de fecha 17 de noviembre de 2011, por el cual EGEMSA realiza petición a Arbitraje y formular pedido de acumulación al Caso 1994-021-2011.
- Escrito de fecha de 13 de diciembre de 2011, por el que EGEMSA cumple lo dispuesto por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Ilustración de fecha 5 de diciembre de 2011.

- Escrito de fecha 16 de diciembre de 2011, por el que EGEMSA presenta sus alegatos.

- Escrito de fecha 22 de febrero de 2011, por el cual EGEMSA adjunta documentos que forman parte del expediente N° 1792-041-2010 a fin de ser tomados en cuenta por el Tribunal Arbitral.

II.7 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 11 de noviembre de 2011, este Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar las cuestiones que serían materia de pronunciamiento no necesariamente en el orden en el que serían señaladas en el Acta de dicha Audiencia; dejando constancia que, si al momento de referirse a alguna de ellas, llegaba a determinarse que carecía de objeto pronunciarse sobre otras con las que guardase vinculación, podría omitir referirse a estas otras, expresando las razones de dicha omisión.

En la mencionada Audiencia, ambas partes manifestaron su conformidad con las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento por este Tribunal Arbitral:

- Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral otorgar a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la obra del Contrato 09-2009 ("Contrato de Ejecución del Proyecto Obra de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu"), igual a doscientos doce (212) días calendario, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 8.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. pagar a GyM el valor de los mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo indicada en la Primera Pretensión Principal, que asciende a la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis y 88/100 Dólares Americanos), más IGV y los correspondientes intereses.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral otorgar a GyM una ampliación de plazo para la ejecución de la obra igual a cuatrocientos doce (412) días calendarios, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 9.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. pagar a GyM el valor de mayores gastos generales que se habrían derivado de la ampliación de plazo indicada en el numeral precedente, que ascendería a la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 dólares de los Estados Unidos de América), más IGV y los correspondientes intereses.

- Determinar por cuál de las partes o en qué proporción deben ser asumidos las costas y costos derivados del presente arbitraje.

II.8 MEDIOS PROBATORIOS

En la Audiencia de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral de fecha 11 de noviembre de 2011, el Tribunal Arbitral sobre la base del principio de la amplitud de la prueba aplicable a todo procedimiento arbitral, dejó constancia que no se había generado nulidad alguna en el proceso arbitral y que se habían actuado todos los medios probatorios presentados, los que serían evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

En la mencionada Audiencia, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios probatorios:

<u>De la demanda</u>:

Los documentos ofrecidos en el acápite IX. "Medios Probatorios" de su escrito de demanda presentado el 1 de julio de 2011, desde el literal a. hasta el g. Asimismo, se admitió el medio probatorio identificado como Anexo 5-A y ofrecido por GyM S.A. en su escrito presentado el 4 de julio de 2011.

De la contestación de la demanda:

Los documentos ofrecidos por la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. en el acápite IX. "Medios Probatorios" de su escrito de contestación de demanda presentado el 11 de agosto de 2011.

De las pruebas de oficio

En el punto IV. del Acta de la Audiencia de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considerase conveniente, al amparo de lo establecido en el literal 1) del artículo 43º del Reglamento de Arbitraje del Centro.

En aplicación de las mencionadas facultades, el Tribunal Arbitral dispuso de oficio que GyM proporcionase la siguiente información:

- El archivo electrónico del Cronograma de obra de fecha 30 de julio de 2009 en formato MS Project, el mismo que fue presentado en físico por la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. en el anexo 2-S' de su escrito de contestación de demanda del 11 de agosto de 2011.

- El archivo electrónico del Cronograma de obra de fecha 20 de enero de 2010 en formato MS Project.

II.9. AUDIENCIAS ESPECIALES PROGRAMADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Audiencia Preliminar de fecha 07 de marzo del 2011

El 07 de mayo de 2011, se realizó una Audiencia Preliminar con la finalidad de atender a la solicitud presentada por GyM para consolidar el presente arbitraje con el expediente N° 1932-181-2010.

EGEMSA manifestó que no estaba de acuerdo con la solicitud de GyM. Como ambas partes no pudieron llegar a un acuerdo respecto de la solicitud de consolidación formulada por GyM, se convino que ambos arbitrajes debían tramitarse de manera independiente.

Audiencia Preliminar de fecha 07 de junio del 2011

El 07 de junio de 2011 se realizó una Audiencia Preliminar con la finalidad de tratar la solicitud formulada por GyM para que se consolide el arbitraje N° 2066-093-2011 en el presente arbitraje.

Al respecto, ambas partes manifestaron estar de acuerdo en la consolidación disponiéndose que la tramitación se continúe bajo el Caso Arbitral N°1994-021-2011.

II.10 ALEGATOS E INFORMES ORALES

El 26 de diciembre de 2011, se realizó la Audiencia de Informes Orales en la que el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los abogados de ambas partes, facultándolos, además, a efectuar réplica y dúplica.

A su turno, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron contestadas por los abogados de las partes.

II.11 PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo establecido en el numeral 19 del Acta de Instalación, mediante la Resolución N° 10 de fecha 26 de diciembre de 2011, el Tribunal Arbitral procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días útiles, plazo que fue prorrogado en quince (15) días hábiles adicionales mediante la Resolución N° 11 del 27 de enero de 2012.

No obstante lo anterior, mediante la Resolución N° 345-2012/CSA-CA-CCL de fecha 22 de febrero de 29012, el Consejo Superior de Arbitraje en aplicación de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 55° del Reglamento de Arbitraje del Centro autorizó al Tribunal Arbitral para ampliar en quince (15) días hábiles el plazo para emitir el laudo, contados desde la fecha del vencimiento del plazo prorrogado.

En este orden de ideas, el presente laudo se está emitiendo dentro del plazo para laudar.

II.12 HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES

En el numeral 7 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 16 de junio de 2011, se fijó como honorario provisional bruto del Tribunal Arbitral la suma de S/. 130,869.54 (Ciento treinta mil ochocientos sesenta y nueve y 54/100 nuevos soles) para cada árbitro.

De igual manera, se estableció que los Gastos Administrativos correspondientes al Centro, ascienden a la suma de S/. 161,197.13 (Ciento sesenta y un mil ciento noventa y siete y 13/100 nuevos soles) más el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Los montos de los honorarios fueron reliquidados por la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 56,892.16 (Cincuenta y seis mil ochocientos noventa y dos con 16/100 Nuevos Soles) para el Tribunal Arbitral y en S/. 24,382.35 (Veinticuatro mil trescientos ochenta y dos con 35/100 Nuevos Soles) para los gastos administrativos del Centro. La nueva liquidación fue comunicada a las partes con fecha 16 de febrero de 2012.

De esta manera, corresponde fijar los honorarios totales del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 449,500.78 (Cuatrocientos cuarenta y nueve mil quinientos y 78/100 Nuevos Soles) y los gastos administrativos del Centro en la suma de S/. 89,817.12 (Ochenta y nueve mil ochocientos diecisiete y 12/100 Nuevos Soles).

CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se sometieron las partes de manera incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

- Que en momento alguno se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.

- Que GyM presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

- Que EGEMSA fue debidamente emplazada con la demanda, contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.

- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas, habiendo sido el Tribunal Arbitral totalmente permisivo al otorgar en sucesivas oportunidades nuevos plazos para presentar pruebas adicionales y en realizar todas las Audiencias necesarias para que las pericias actuadas se sustenten en profundidad.

- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

- Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

III. LA OPOSICION POR LITISPENDENCIA FORMULADA POR EGEMSA

Como Cuestión Previa a la resolución de los puntos controvertidos del presente arbitraje, este Tribunal Arbitral debe resolver la Oposición por Litispendencia formulada por EGEMSA

ANTECEDENTES

1. Que EGEMSA al contestar su demanda formuló oposición en el punto VI de su escrito señalando que el Tribunal Arbitral resulta incompetente para pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Principal de la demanda y su Pretensión Accesoria, mencionando que en la medida que la causal de ampliación de plazo que GyM está invocando para sustentar la segunda pretensión principal, es la misma que ya fue planteada por ella en el proceso arbitral seguido entre las mismas partes ante el Centro, seguido en el Expediente N° 1932-181-2010.

2. Que EGEMSA señala que en el proceso antes mencionado, GyM estaría pretendiendo una ampliación de plazo de 285 días calendario, más el pago de gastos generales ascendentes a la suma de US$ 7'549,880.85 (Siete millones quinientos cuarenta y nueve mil ochocientos ochenta y 85/100 Dólares Americanos), por la demora en la ejecución de trabajos, la misma que sería imputable a EGEMSA, y que en consecuencia consistiría exactamente en lo mismo que se plantea en la Segunda Pretensión Principal al referirse a la supuesta licitación de un Expediente Técnico que resultaba defectuoso, al no haber previsto la existencia de restos arqueológicos en la zona de trabajo correspondiente al Km.107. Consideran que no se trata de ampliaciones de plazos diferentes, cuyos plazos se superponen, sino de la misma causal de ampliación, que en el proceso arbitral tramitado ante otro Tribunal Arbitral, ha servido a GyM para sustentar su pedido de Ampliación de Plazo N° 06, y que volvió a ser invocada por la demandante como sustento de su solicitud de Ampliación del Plazo N° 09.

3. Que en tal sentido, al haber otro órgano arbitral asumido competencia para establecer si se configuró la causal, es decir, que EMGESA licitó un Expediente Técnico defectuoso o no, el Tribunal no podría ahora pronunciarse válidamente sobre el mismo asunto de fondo, pues en tal caso, se estaría vulnerando la autoridad de la cosa juzgada del laudo arbitral, garantizada por el inciso 2 del artículo 139° de la Constitución Política.

4. Que EGEMSA adjunta como medio probatorio para sostener su afirmación acerca de la litispendencia existente, la demanda presentada en el proceso arbitral 1932-181-2010.

POSICION DE GyM

1. Que para GyM no existe litispendencia porque la Litispendencia exige una triple identidad.

2. Que según el artículo 452º del Código Procesal Civil existe identidad entre procesos cuando i) Las partes o quienes de ellos deriven derechos sean los mismos; ii) El petitorio sea el mismo; y iii) El interés para obrar sea el mismo.

3. Que la triple identidad acogida por el Código Procesal Civil es a su vez aceptada de manera unánime por la doctrina nacional e internacional.

4. Que la identidad del petitorio u objeto implica que las pretensiones en los dos procesos deben ser las mismas.

5. Que la causa o interés para obrar se refiere a los fundamentos que configuran cada una de las acciones; es decir debe haber coincidencia del factor motivador de los justiciables en ambos procesos.

6. Que adicionalmente, debe tenerse presente lo señalado por el artículo 259º del Reglamento.

7. Que EGEMSA argumenta que las pretensiones señaladas se derivan de una misma causal, que es la existencia de un expediente técnico defectuoso. Siendo el planteamiento un supuesto problema de "conexión" entre los procesos, pero de ninguna manera se trataría de un caso de litispendencia que exige identidad entre las pretensiones propuestas y no solo conexión.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Que a efectos de determinar la procedencia de la oposición planteada por EGEMSA de una supuesta litispendencia el Tribunal considera que se debe establecer un marco teórico que defina la litispendencia para luego pasar a examinar si existe litispendencia entre las pretensiones propuestas por GyM en este proceso y las que se vienen tramitando en otros procesos a efectos de finalmente determinar la procedencia o improcedencia de la oposición planteada.

2. Que desarrollando el marco teórico propuesto debemos señalar que este Tribunal Arbitral considera que la litispendencia es un instrumento procesal, que dentro del proceso civil en sede judicial se deduce como excepción, y a la que en el presente caso se ha hecho valer como oposición al arbitraje;

figuras ambas cuyo propósito persigue obtener un pronunciamiento, ya sea del juez o del árbitro, que impida que existan al mismo tiempo dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto, que determinen la conclusión del proceso y la anulación de todo lo actuado por existir un proceso idéntico previamente tramitado.

3. Que para cumplir este objetivo la litispendencia debe estar sostenida y probarse la existencia de una misma identidad entre las partes, del petitorio y del interés para obrar en dos procesos. Esto quiere decir que el segundo proceso debe ser idéntico al previamente instaurado en razón de esas tres condiciones.

4. Que existe una litispendencia cuando está "pendiente", cuando está por resolverse o terminarse, otra relación procesal entre las mismas partes y referida al mismo objeto. Este, precisamente, es uno de los contenidos que Chiovenda le da a la excepción bajo comentario, como se puede apreciar en la cita que de este último efectúa Monroy Gálvez:

> ***"En otras legislaciones, esta excepción recibe el nombre de 'litispendencia'. Chiovenda distingue dos acepciones en el concepto litispendencia: '(...) en un sentido general indica que pende una relación procesal con la plenitud de sus efectos; a saber: el derecho del demandado de excepcionar la litispendencia para impedir que exista al mismo tiempo dos o más relaciones procesales sobre el mismo objeto. Del mismo modo que una Litis no puede ser fallada más que una vez, no pueden pender simultáneamente varias relaciones procesales entre las mismas personas acerca del mismo objeto."*** *(...).*[3] El subrayado es nuestro.

5. Que en el mismo sentido, Alzamora Valdez señala que:

> ***"La excepción de litispendencia exige la identidad de personas, de objeto y de acción entre ambos procesos, y que ambos se hallen pendientes."***[4] El subrayado es nuestro.

---

3 **MONROY GÁLVEZ**, Juan. **Temas de Proceso Civil.** Studium Ediciones. Lima. 1987. Pág. 146.

4 **ALZAMORA VALDEZ**, Mario. **Derecho Procesal Civil**. Teoría del Proceso Ordinario. Segunda Edición. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1968, Pág. 55.

6. Que por lo tanto, debe existir un reflejo espejo entre un proceso y otro, de manera que podamos comprobar que se trata de dos procesos idénticos. Así, se señala que:

> ***"(...). Se opone por el demandado que manifiesta que existe otro juicio igual al que se indica, y que se sigue por las mismas personas, acerca de la misma obligación y por acción de la misma naturaleza. Debe observarse que son indispensables estos requisitos para que la excepción proceda: identidad de la acción, de las personas y de la obligación reclamada. Si se trata de acciones que son meramente conexas pero no las mismas, procederá su acumulación pero no la excepción." (...).***[5] El subrayado es nuestro.

7. Que la labor del Tribunal en la presente oposición por litispendencia será determinar si existe la identidad de las tres condiciones establecidas y aceptadas por la doctrina.

8. Que en el presente proceso GyM ha planteado las siguientes pretensiones en las que se distingue que la primera de ellas procede y se sustenta en la solicitud de Ampliación de Plazo N° 8 por 212 días, cuyo monto por mayores gastos generales asciende a US$ 5'416,756.88; (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis y 88/100 Dólares Americanos) y la segunda se desprende de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 9 por 412 días cuyos gastos generales ascienden a US$ 10,914,213.72, (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 Dólares Americanos), con la salvedad que el plazo de la primera pretensión se encuentra incluido dentro del plazo mayor de la segunda pretensión.

9. Que por su parte, EGEMSA señala que en el proceso 1932-181-2010 GyM pretende una ampliación de plazo por 285 días y un pago por mayores gastos generales ascendentes a US$ 7'549,880.85, (Siete Millones quinientos cuarenta y nueve mil ochocientos ochenta y 85/100 Dólares Americanos) requerido en la solicitud de la Ampliación de Plazo N° 6.

10. Que de acuerdo con los presupuestos de análisis para determinar la existencia de litispendencia, tenemos que si bien las partes son las mismas, los petitorios no son idénticos ya que de acuerdo con la afirmación de EGEMSA la pretensión propuesta por GyM en el proceso 1932-181-2010, está referida a una ampliación de plazo de 285 días y un monto de

---

5 **ALAYZA Y PAZ SOLDAN**, Toribio. **El Procedimiento Civil en el Perú**. Quinta Edición. SESATOR. Lima. 1982. Pág. 84.

gastos generales ascendente a US$ 7´549,880.85, (Siete millones quinientos cuarenta y nueve mil ochocientos ochenta y 85/100 Dólares Americanos) proveniente de la solicitud Nº 6, haciendo evidente que se trata de una pretensión distinta a la propuesta por GyM que refiere una ampliación de plazo de 412 días y un monto mayor de gastos generales ascendentes a US$ 10,914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 Dólares Americanos).

11. Que por lo anteriormente expuesto, no se cumple con la condición de petitorios idénticos, lo que descalifica la oposición propuesta por EGEMSA.

12. Que de otra parte, siguiendo con el análisis en el cumplimiento de los requisitos tenemos que si se trata de pretensiones distintas aunque provengan de un mismo contrato que vincula a las partes, son medularmente diferentes en la medida que involucran conceptos distintos unos de otros, por lo que tampoco se puede considerar que exista un mismo interés para obrar. Así las cosas, no procede la excepción formulada en la medida que no concurren los requisitos necesarios para su posición. Contrario sensu y en apoyo de lo que sostenemos, Monroy Gálvez ha señalado que:

> ***"Procede entonces la excepción de pleito pendiente cuando concurren en dos procesos distintos las mismas partes, el mismo objeto de la pretensión y el mismo interés para obrar."***[6] El subrayado es nuestro.

13. Que en la línea señalada, este Tribunal considera que para que proceda declarar la oposición fundada deben cumplirse todas las condiciones antes mencionadas, es decir, identidad de partes, de petitorio y de interés para obrar, siendo que en el presente caso existe una sustancial diferencia entre los petitorios de los procesos y del interés para obrar; por lo que, la presente oposición debe desestimarse declarándose improcedente.

IV. MECANISMOS QUE SERÁN UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA INTERPRETAR EL CONTRATO MATERIA DEL ARBITRAJE

Para poder establecer la naturaleza jurídica del Contrato celebrado entre el GyM y EGEMSA, el que se analizará a partir del punto siguiente, el Tribunal Arbitral ha considerado imprescindible realizar una labor interpretativa.

IV.1 ¿EN QUE CONSISTE LA INTERPRETACIÓN?

6 **MONROY GÁLVEZ**, Juan. **Temas de Proceso Civil.** Studium Ediciones. Lima. 1987. Pág. 148.

La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio.

De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.

En el presente arbitraje es de aplicación la Cláusula Cuarta del Contrato referida al régimen legal.

"CLAUSULA CUARTA: RÉGIMEN LEGAL

4.1 En Primer lugar, por aquellas disposiciones de carácter imperativo contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083- 2004-PCM y, sus modificatorias y ampliatorias, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PGM y sus modificatorias y ampliatorias, en adelante el Reglamento, y demás normas complementarias, las normas legales emitidas por CONSUCODE, Directivas de FONAFE, y en general aquellas normas legales y normas técnicas internacionales contenidas en la Normatividad o sus equivalentes

Los preceptos imperativos y pertinentes de todas esas normas, serán de aplicación ineludible y preferente incluso si discrepan del tenor del presente contrato.

4.2. En Segundo lugar, por lo establecido en el presente documento, las bases integradas de la Licitación Pública N° LP-01-2008-EGEMSA, y la propuesta de EL CONTRATISTA. El orden de prelación en caso de discrepancia es el siguiente:

- ***Contrato.***
- ***Bases Integradas.***
- ***Propuesta de EL CONTRATISTA***

4.3 En Tercer lugar, las disposiciones supletorias pertinentes del Código Civil Peruano y demás leyes generales del Perú"

En la Cláusula del Contrato transcrita se establece la aplicación prioritaria de las normas de carácter imperativo, tales como el TUO, su Reglamento, sus modificatorias y ampliatorias, así como las normas legales emitidas por CONSUCODE, las Directivas de FONAFE, y en general, las normas legales y técnicas internacionales.

De esta manera, los preceptos imperativos de todas estas normas son de aplicación obligatoria y preferente, incluso si discrepan del tenor del propio Contrato.

En segundo lugar, ante el vacío normativo, el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración lo establecido en el Contrato N° 09-2009 sus modificatorias y ampliatorias, las Bases Integradas de la Licitación Pública N° LP-01-2008-EGEMSA y la propuesta del Contratista, siendo ese el orden de prelación en caso de discrepancia.

Así mismo, cualquier condición no contemplada en el Contrato debe entenderse según lo señalado en los Términos de Referencia, o en su defecto en la Absolución de Consultas; y si no existe algo señalado en estos últimos, se regirá supletoriamente por las disposiciones del Código Civil.
Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración, las pautas señaladas por Scognamiglio, en el sentido que:

> ***"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."***[7] El subrayado es nuestro.

IV.2 PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A APLICARSE POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

En su labor interpretativa, el Tribunal Arbitral tendrá presentes los siguientes principios interpretativos:

---

7 **SCOGNAMIGLIO**, Renato. **Teoría General del Contrato**. Traducción de **HINESTROSA**, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

De conservación del contrato, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

> ***"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última."***[8]. El subrayado es nuestro.

De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361° del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" que:

> ***"(...) la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"***.

Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

> ***"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo."***[9] El subrayado es nuestro.

De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

> ***"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido***

---

8 **DIEZ-PICAZO**, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

9 **ARIAS SCHREIBER PEZET**, Max. **Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios**. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

> ***objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso***"[10]. El subrayado es nuestro.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar –por vía del principio de la buena fe- el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

> ***"(...) dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe."***[11]

IV.3 MEDIOS DE INTERPRETACIÓN QUE UTILIZARÁ EL TRIBUNAL ARBITRAL PARA ENCONTRAR EL VERDADERO SENTIDO DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO

Será necesario que el Tribunal Arbitral utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Tribunal Arbitral realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato.

Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del sentido del conjunto de las cláusulas pactadas.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169° del Código Civil, en el que se establece que:

> ***"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".*** El subrayado es nuestro.

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

> ***"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada***

---

10 **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

11 **FERREIRA RUBIO**, D. Matilde. **La buena fe**. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág. 200.

cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás."[12]

Interpretación Integradora

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluírsele.

Mediante este mecanismo interpretativo se ubica todo el contenido contractual, el que es indispensable conocer porque en la fase de ejecución del contrato sólo es exigible el contenido del mismo.

Así tenemos que en el contenido del Contrato se ubican:

- Las normas imperativas que son de obligatoria observancia y que integran necesariamente el contenido contractual. En este caso, se trata de las normas del TUO, su Reglamento, sus modificatorias y ampliatorias, así como las normas legales emitidas por CONSUCODE, las Directivas de FONAFE, y en general, las normas legales y técnicas internacionales.

- Las normas contractuales propiamente dichas, las que están dadas:

  En primer lugar, por lo que las partes convinieron en las cláusulas del Contrato, en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones a cargo de las partes.

  En segundo lugar, por los documentos del Contrato. En este caso, las Bases Integradas de la Licitación Pública N° LP-01-2008-EGEMSA, y la propuesta del Contratista

  Con este criterio, en el primer párrafo del artículo 117° del Reglamento se regulan las partes integrantes del contrato, disponiendo que su contenido se forma de la siguiente manera:

  "Artículo 201.- Contenido del contrato

[12] Código Civil. **Exposición de Motivos y Comentarios**. Tomo VI. Op. Cit. Págs. 297 y 298.

> ***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 contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil."*** El subrayado es nuestro.

- Las normas supletorias, que llenan el vacío normativo, así como el dejado por las partes al momento de contratar. Para el presente proceso, como ya explicó anteriormente el Tribunal Arbitral, se aplican las normas del Código Civil.

Por lo tanto, el contenido del Contrato se forma con las normas imperativas anteriormente mencionadas; con las normas contractuales propiamente dichas que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, en las Bases Integradas y en la propuesta del Contratista, que ante el vacío normativo integran el contenido contractual; y con las normas supletorias que sean de aplicación pertinente ante los vacíos normativos y contractuales.

De esta manera, la interpretación integradora del Contrato preserva la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

Interpretación Histórica

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, así como la conducta posterior seguida por las partes.

Se trata de realizar un estudio de todo el *"iter contractual"*, empezando por la fase de la celebración del Contrato y continuando con la ejecución de las prestaciones, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362° del Código Civil.

Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

> ***"(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo***

indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba"[13]. El subrayado es nuestro.

Es este comportamiento, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias, el que el Tribunal evaluará para resolver los puntos controvertidos.

Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal Arbitral procederá a integrar cada una de las prestaciones que forman el contenido del Contrato (señaladas en las cláusulas del Contrato, las Bases Integradas y la Propuesta del Contratista), con las normas imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

V. EL CONTRATO

GyM y EGEMSA celebraron con fecha 24 de abril de 2009, el Contrato N° 09-2009, denominado Contrato de Ejecución del Proyecto "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu" por el monto ascendente a S/. 148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 Dólares Americanos), incluido tributos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra.

Con fecha 08 de abril de 2009, el GyM y EGEMSA celebraron la Primera Adenda al Contrato.

V.1 OBJETO

En la Cláusula Quinta del Contrato, GyM se obligó a ejecutar la Obra "Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", labor que comprende todos los siguientes aspectos descritos en el numeral 5.1 de la mencionada Cláusula.

"CLÁUSULA QUINTA: OBJETO DEL CONTRATO

5.1 El objeto del contrato es la ejecución de LA OBRA Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu, que incluye diseño de las obras electromecánicas a nivel de ingeniería de detalle, transporte, suministro, montaje, pruebas puesta en servicio, entrega de estudios y documentación requerida por el COES para el ingreso en operación comercial y culminación satisfactoria de la Operación

13 **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

> ***Experimental de las obras electromecánicas correspondientes a la unidad generadora tipo Francis. De la misma forma el diseño complementario y la ejecución de las obras civiles para la cabal ejecución y culminación de LA OBRA, hasta la liquidación del Contrato de Obra."*** El subrayado es nuestro.

En contraprestación, EGEMSA, se obligó a pagar la retribución pactada en la Cláusula Octava del Contrato.

> ***"CLÁUSULA OCTAVA: MONTO DEL CONTRATO***
>
> ***8.1 En contraprestación por la correcta, completa y oportuna ejecución de LA OBRA, EGEMSA pagará a EL CONTRATISTA la cantidad de US$ 148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 dólares de los Estados Unidos de América); incluyendo tributos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de LA OBRA. (...)"*** El subrayado es nuestro.

V.2 RETRIBUCIÓN PACTADA

Las partes acordaron que el monto total contratado ascendía a US$ 148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 Dólares Americanos), incluyendo los tributos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra.

Según lo dispuesto en la Cláusula Novena del Contrato, la retribución pactada debía ser pagada por EGEMSA mediante la entrega de adelantos a GyM, los cuales debían realizarse de la siguiente forma: (i) Adelanto directo, hasta el 10% del monto total del Contrato, contra la entrega de una Carta Fianza por el mismo monto (ii) Adelanto para equipos, materiales y/o insumos, hasta el 30% de! monto Contrato, contra la entrega de Carta(s) Fianza(s) por el mismo monto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 245° del Reglamento.

Asimismo, se estableció que EGEMSA, pagaría contra valorizaciones mensuales previa aprobación de la Supervisión, la cual tendría el plazo para la aprobación de valorizaciones previsto en el artículo 255° del Reglamento, conforme se aprecia del texto de la citada Cláusula:

> ***"CLÁUSULA NOVENA: ADELANTO Y FORMA DE PAGO***

9.1 Adelantos: EGEMSA, entregará adelantos a EL CONTRATISTA, de la siguiente forma:

9.1.1 Adelanto directo, hasta el 10% del monto total del Contrato, contra la entrega de una Carta Fianza por el mismo monto.

9.1.2 Adelanto para equipos, materiales y/o insumos, hasta el 30% del monto Contrato, contra la entrega de Carta(s) Fianza(s) por el mismo monto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 245° del RECAE.

9.1.3 EGEMSA, pagará contra valorizaciones mensuales previa aprobación de LA SUPERVISIÓN.

9.2 LA SUPERVISIÓN tendrá un plazo para la aprobación de valorizaciones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255° del RECAE. El pago de las facturas o comprobantes de pago presentados por EL CONTRATISTA se hará efectivo mediante la transferencia de la cantidad respectiva a la cuenta bancaria que EL CONTRATISTA le informe a EGEMSA. (...)."

V.3 PRESTACIONES RECÍPROCAS

El Contrato es con prestaciones recíprocas cuando ambas partes son deudoras y acreedoras la una de la otra, con total independencia de la cantidad de prestaciones a la que cada una de ellas estuviera obligada respecto de la otra.

En este orden de ideas, ha sostenido Ramela que los contratos con prestaciones recíprocas son aquéllos en los que:

> ***"(...) las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ésta le ha hecho o que se obliga a hacerle"***[14].

En otros términos, se trata de aquellos contratos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr por medio del contrato celebrado son recíprocos.

---

14 **RAMELA**, Anteo E. **Resolución por incumplimiento**. Editorial Astrea. Buenos Aires.1975. Pág. 144.

Así tenemos que entre las prestaciones recíprocas se genera:

> ***"(...) un nexo especial -que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas"***[15],

En virtud de este nexo, cada parte no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, a su turno, debe otras prestaciones. En suma, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

La reciprocidad, entonces, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a obtener las partes contratantes. Como apuntan Garrido y Zago, es:

> ***"(...) en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas"***[16].

Resulta, por tanto, totalmente correcta la descripción que realiza Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, que ha plasmado en la siguiente frase:

> ***"(...) yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral"***[17].

El Contrato celebrado es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad. Las prestaciones a las que se obligaron tanto GyM como EGEMSA han sido claramente descritas en el Contrato.

De todas ellas, prevalecen, sin ninguna duda, la prestación de GyM de ejecutar la Obra con las características pactadas; y la prestación de EGEMSA de pagar la retribución establecida en la Cláusula Segunda del Contrato.

V.4 SURGE UNA RELACIÓN OBLIGATORIA OBJETIVAMENTE COLECTIVA

---

15 Ibídem. Pág. 218.

16 **GARRIDO**, Roque Fortunato y **ZAGO**, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 66.

17 Citado por **DE LA PUENTE Y LAVALLE**, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

El Contrato celebrado encuentra su fundamento natural en la relación existente entre todas las prestaciones, en el "entrecruzamiento de obligaciones recíprocas"[18].

Así tenemos que la prestación de servicios a cargo de GyM estaba compuesta, entre otras, por las siguientes prestaciones:

- Garantizar la correcta ejecución y funcionamiento de las obras civiles y electromecánicas para la ejecución de la Obra de conformidad con las Bases Integradas, la propuesta del Contratista y las disposiciones del Contrato. (Numeral 3.4 de la Cláusula Tercera del Contrato N°09-2009)

- Realizar la ejecución total de la Obra de acuerdo a las Bases Integradas y su Propuesta, según el objeto del Contrato. (Numeral 6.1 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Desarrollar de manera integral la Obra. Así como la corrección de las observaciones que sean realizadas por la Supervisión en concordancia con las Bases Integradas y la propuesta del Contratista presentada en su oferta, en cualquier etapa de la ejecución de la Obra. (Numeral 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Cumplir con realizar las pruebas que garanticen el correcto y total funcionamiento de las instalaciones, efectuando para ello, entre otras actividades, una operación experimental, donde se deberá constatar el funcionamiento satisfactorio del grupo y todos los equipos asociados. (Numeral 6.3 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Ser el responsable de la dirección y conducción técnico administrativa de la Obra, lo que incluye en forma enunciativa la preparación de los informes técnicos correspondientes a la Obra que fueran solicitados por la Supervisión. Así también es responsable de la programación de la ejecución de la Obra la asistencia a reuniones de trabajo, la obtención y compra de materiales e insumos, la selección y contratación de servicios de transporte, las herramientas accesorios para el montaje, el desaduanaje, la logística, selección, contratación del personal, la confección de planillas, el pago de sueldos y salarios, la selección y pago a Subcontratistas, el pago de tributos y leyes sociales y en general en cualquier asunto relacionado con la dirección técnico -administrativa y ejecución de la Obra. (Numeral 6.4 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

---

18 **GARRIDO**, Roque Fortunato y **ZAGO**, Jorge Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales. Parte General.** Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 72.

- Construir las instalaciones definitivas y provisionales requeridas en las Bases Integradas, así como instalar su propio suministro de energía eléctrica y agua, con los elementos y protecciones correspondientes, y desde allí instalar la red de distribución interior necesaria para la ejecución de los trabajos, pudiendo hacer uso de la conexión que hallará disponible en el terreno. (Primer párrafo, numeral 6.5 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Demoler, reparar y reconstruir toda actividad o su resultado que no se realice conforme a los Términos de Referencia, la propuesta del Contratista y lo dispuesto en el Contrato, en caso se trate de obras civiles y en caso de que se trate de obras, electromecánicas será reemplazada o reparada, previa evaluación y aprobación por la Supervisión, de acuerdo con las normas internacionales, todo ello por su cuenta y cargo, sin que ello signifique el pago de adicionales obra o ampliación de plazo contractual. Asimismo, será responsable frente a EGEMSA, por la calidad de los elementos que emplee en la Obra, sin perjuicio de las responsabilidades del fabricante de materiales, insumos, herramientas, servicios y equipos. (Segundo párrafo del numeral 6.5 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)
- Pagar (deduciéndole de los pagos pendientes a su favor o de las garantías sin perjuicio de las acciones legales correspondientes), las demoliciones, reparaciones, reconstrucción o el reemplazo y montaje de las obras o equipos en su caso, con vicios o fallas objetadas, cuando habiendo vencido el plazo otorgado por la Supervisión para dichas subsanaciones, GyM no hubiera procedido a efectuarlas. Para ello, la Supervisión consignará dicha situación en el Cuaderno de Obra y las ejecutará encomendando a terceros a precios de mercado, por cuenta de GyM. (Tercer párrafo del numeral 6.5 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Cumplir estrictamente las normas legales y administrativas del Perú, vigentes en la fecha de suscripción del contrato, al pago oportuno de las remuneraciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y beneficios sociales del personal a su cargo, de los Subcontratistas, de las aportaciones sociales y de todos los tributos (impuestos de cuenta propia, IGV, Renta, y cualquier otro tributo aplicable), además está obligado a cumplir con las normas de seguridad y de medio ambiente para la construcción de la Obra. También, deberá asegurar a su personal contra accidentes de trabajo, seguro complementario de trabajo de riesgo, seguro de vida, igualmente al cumplimiento de las disposiciones del Reglamento Nacional de Edificaciones, y en general, de cualquier norma legal o administrativa del Perú, haciéndose exclusivamente responsable de cualquier incumplimiento y obligándose

a asumir directamente el pago de cualquier sanción o multa que pudiese aplicarse por estas razones. (Primer párrafo del numeral 6.6 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- A que se le deduzca del pago que tenga pendiente, la suma de cualquier sanción o multa inmersa en la Obra que EGEMSA se viera obligada en última instancia a pagar definida por una Autoridad - Competente, por causa suya. (Segundo párrafo del numeral 6.6 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Designar a un representante, que será denominado Gerente de Obra, quien tendrá plena responsabilidad por la ejecución de la Obra. El Gerente de Obra, deberá contar con los poderes y facultades necesarias a tal efecto, en forma y sustancia satisfactorias para EGEMSA. (Numeral 6.7 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Destacar permanentemente en la Obra a un Ingeniero Residente, quien debe reunir los conocimientos y la experiencia necesaria para la ejecución de las obras materia del presente Contrato, así como al personal profesional incluido, en su propuesta, de acuerdo a las necesidades de la Obra. Asimismo, a poder efectuar el cambio de personal profesional sólo con previo informe de la Supervisión y autorización de EGEMSA. Dicho Ingeniero residente tiene la calidad de Representante Autorizado del Contratista, para todos los efectos técnicos en el lugar de ejecución de la Obra y es quien recibirá las instrucciones que imparta la Supervisión. (Numeral 6.8 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Cumplir con las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes, especialmente en cuanto se refiere a preservación del medio ambiente y no afectación directa de restos arqueológicos previamente identificados en la zona de ejecución de la Obra, medidas de seguridad y precaución en salvaguarda de la vida y salud de los trabajadores y terceros, siendo de su exclusiva responsabilidad los daños y perjuicios que, por su culpa y/o negligencia, se ocasione a terceras personas o propiedades de terceros con motivo de la Obra. (Numeral 6.9 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Abrir un Cuaderno de Obra legalizado notarialmente con un original y tres copias, además deberá ser visado y sellado tanto por el Ingeniero Residente y por el jefe de la Supervisión (Numeral 6.10 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009).

- Transcribir el Acta de Entrega del Terreno, en el Cuaderno de Obra. Asimismo, en caso que dañara algún servicio público o propiedad privada que este o no contemplado en la documentación pertinente, será cubierta por la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil. (Numeral 6.11 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Custodiar todos los materiales, equipo y todo trabajo terminado o no terminado, hasta la recepción de la Obra. (Numeral 6.12 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Entregar el calendario de avance de obra valorizado en concordancia con el Cronograma de desembolsos establecidos y sustentado en la programación de obra PERT-CPM concordante con el plazo (Numeral 6.13 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009).

- Entregar el calendario de adquisición de materiales e insumos necesarios, para la ejecución de obra en concordancia con el calendario de obra valorizado. (Numeral 6.14 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009).

- Verificar o ejecutar de acuerdo al estudio definitivo aprobado por la Supervisión, la calidad de los materiales y equipos que se emplearán en la Obra así como las pruebas correspondientes. (Numeral 6.15 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)
- Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias en materia laboral, previsión social y sanitaria, higiene y seguridad de la industria de la construcción en el sitio de obra y/o campamentos que establezca por motivo del Contrato. En caso de incumplimiento de esta obligación, y con reclamo debidamente justificado y probado, EGEMSA podrá retener a GyM el monto reclamado de cualquier suma debida a GyM bajo el contrato o solicitarle constituya una fianza o garantía a su favor que cubra dicho monto hasta que la reclamación sea absuelta. (Numeral 6.16 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Cumplir con todos los pedidos y exigencias de la Supervisión, que sean solicitados con sujeción al Contrato. (Numeral 6.17 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Proporcionar a la Supervisión, las facilidades y/o elementos necesarios, a fin que la Supervisión se efectúe en forma satisfactoria, oportuna y eficiente. (Numeral 6.18 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Proteger la Obra ejecutada mediante una Póliza de Seguro, contra cualquier daño y/o pérdida de materiales. En cualquier caso, GyM tiene el deber de reparar o remplazar lo dañado o perdido dentro del plazo que será establecido por la Supervisión, el tiempo que demande la reparación o reposición del daño sufrido no será motivo de prórroga en el plazo de ejecución, salvo en situaciones derivadas de caso fortuito, fuerza mayor, o hechos no imputables a GyM. (Numeral 6.19 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Abrir el Cuaderno de Obra, una vez entregado el terreno y una vez abierto el Cuaderno se iniciará la ejecución de la Obra y se someterá a la inspección y control de la Supervisión. (Numeral 6.20 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- No comenzar trabajo alguno, como por ejemplo excavaciones, rellenos, encofrados, vaciados de concreto, antes de que éstos hayan sido debidamente inspeccionados por la Supervisión, el Contratista notificará a la Supervisión cada vez que sea necesario realizar la inspección con una anticipación no menor a 24 horas. (Numeral 6.21 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Comunicar previamente a la Supervisión los pedidos definitivos para el suministro de materiales, en base a las fechas del Calendario de Adquisición de Materiales. (Numeral 6.22 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Notificar con una anticipación no menor a 24 horas a la Supervisión cada vez que una obra esté lista para ser supervisada y medida. La Supervisión ejecutará sus visitas y controles debiendo pronunciarse en un plazo máximo de 48 horas; en caso que la Supervisión no se pronuncie en este plazo, dicha obra se tendrá por aprobada. (Numeral 6.23 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Descubrir, conforme lo requiera la Supervisión, cualquier parte de la Obra y hacer sondajes o excavaciones de inspección, luego de lo cual la repondrá a sus condiciones iniciales o las más convenientes que indique o apruebe la Supervisión. Asimismo, a correr con los gastos inherentes a las acciones de control comprendidas en el párrafo anterior así como el costo de las otras pruebas que ordene la Supervisión, al Contratista, aun sin estar implícitas en los documentos del Contrato. (Numeral 6.24 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Comunicar a la Supervisión con una anticipación no menor a 24 horas la fecha inicial de preparación o fabricación en el sitio de Suministros, que

utilizará en las obras permanentes. El aviso incluirá el pedido de inspección e indicará el tiempo previsto para el procesamiento. La Supervisión deberá pronunciarse dentro de un plazo de 48 horas. (Numeral 6.25 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Sustituir a su ingeniero Residente, a exigencia de la Supervisión, en cualquier momento si a juicio de la Supervisión, éste careciera de la experiencia y capacidad necesaria para dirigir los trabajos o, igualmente, si sus actividades fueran contrarias o contraproducentes a la ejecución de las obras. Para el remplazo, el Contratista tendrá un plazo de treinta (30) días siguientes a la fecha de la notificación. (Numeral 6.26 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Prestar el servicio con estricta observancia del Reglamento de Seguridad y Salud en el trabajo de las Actividades Eléctricas (RESSTAE), aprobado por Resolución Ministerial N° 161-2007-MEM/DM. En consecuencia está en la obligación de difundir e instruir a su personal en el cumplimiento de la norma indicada. (Numeral 6.27 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Cumplir con lo establecido por el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-TR. (Numeral 6.28 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)

- Efectuar la liquidación del contrato de obra, de acuerdo con la LCAE y el Reglamento. (Numeral 6.29 de la Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009)
- No realizar cesión de posición contractual (Numeral 6.30 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, hasta el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato. (Numeral 6.31 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Mantener vigente la Carta Fianza por Adelanto Directo, con un plazo de vigencia hasta la amortización de la Obra por un monto correspondiente a dicho adelanto. (Numeral 6.32 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Mantener vigente la Carta Fianza por Adelanto por Materiales, con un plazo de vigencia hasta la amortización de la Obra por un monto correspondiente a dicho adelanto. (Numeral 6.33 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Mantener los seguros vigentes hasta la Recepción de Obra, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 212° del Reglamento en concordancia con lo previsto en las Bases. (Numeral 6.34 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Brindar facilidades de acceso al personal autorizado de EGEMSA a la Obra, al terreno y a todos los talleres, fábricas, y otros lugares en que se estén preparando parte de los implementos para la Obra, los pedidos de materiales, o de aquellos sitios o lugares de los que se obtengan materiales, artículos manufacturados y maquinarias para la Obra. (Numeral 6.35 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Permitir la participación del personal autorizado de EGEMSA en las reuniones sobre aspectos relacionados con la ejecución de la Obra que realice con la Supervisión. (Numeral 6.36 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Asumir la prórroga de plazo contractual por causas que le sean atribuibles que generen mayor permanencia y/o gastos por concepto de la Supervisión de Obra, de tal modo que le sean descontados de sus pagos pendientes, de acuerdo con lo previsto por el artículo 249° del Reglamento. (Numeral 6.37 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Responder por los tramites y derechos aduaneros (Numeral 6.38 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Responder por la obtención de las licencias propias de su actividad, salvo todas las demás licencias y autorizaciones que se requieran para la adecuada ejecución de la Obra las cuales estarán a cargo de EGEMSA, siendo las siguientes:

  - Transporte de equipos, maquinaria, materiales e insumes.
  - Uso de agregados en la Obra
  - Compra, almacenamiento, transporte y uso de explosivos.
  - Licencias por uso de armas para personal de seguridad.
  - Otras licencias, permisos o autorizaciones que sean obtenidas a nombre del Contratista. Numeral 6.39 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Responder del desarrollo integral de la Obra, así como la corrección de las observaciones que sean realizadas por la Supervisión en

concordancia a la propuesta presentada en su oferta, en cualquier etapa de la ejecución de la Obra. Asimismo a corregir cualquier defecto u omisión en parte de los trabajos de los que haya sido informado para su corrección en cualquier etapa de la ejecución de la Obra, dentro de las veinticuatro horas de que toma conocimiento la Supervisión. (Numeral 6.40 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Cumplir lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 1774 del Código Civil Peruano. (Numeral 6.41 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Cumplir para todo efecto contractual con las obligaciones descritas en los Términos de Referencia Parte III Especificaciones Técnicas de Obras Civiles, de la Licitación. (Numeral 6.42 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Cumplir con el Sistema Gestión Integrado de EGEMSA (ISO 9001, ISO 14000 y OSHAS 18001). (Numeral 6.43 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Cumplir con el Programa de Capacitación y entrenamiento al personal de EGEMSA descrito en los Términos de Referencia de las Bases Integradas. (Numeral 6.44 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Adquirir un seguro por tipo de cambio, con el propósito de mantener el equilibrio financiero por variaciones en el tipo de cambio. (Numeral 6.45 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Realizar los estudios de operatividad, de acuerdo a los lineamientos establecidos por el COES. (Numeral 6.46 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Entregar a EGEMSA todos los estudios y documentos requeridos por COES para ingreso de unidades de generación en operación comercial, vigentes a la fecha de ingreso en operación comercial del Grupo Francis. Asimismo, deberá entregar el expediente completo por lo menos dos meses antes del inicio de la Operación Experimental. (Numeral 6.47 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Absolver todas las observaciones que presente el COES a los estudios, hasta su aprobación. (Numeral 6.48 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Comprometerse a contratar, previa evaluación, en la ejecución de la Obra, la mano de obra no calificada, que corresponda como mínimo al 10% del total de trabajadores involucrados en Obra, entre los residentes de la misma localidad, o localidades colindantes al lugar de ejecución de la Obra; siempre y cuando en las zonas indicadas exista personal disponible. (Numeral 6.49 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Adoptar con fines de estandarización de los sistemas funcionales de la segunda fase de rehabilitación de la CHM los mismos códigos que fueron establecidos para sistemas funcionales similares de la primera fase, de acuerdo al Anexo E de los Términos de Referencia de las Bases Integradas. (Numeral 6.50 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Optimizar a su costo el diseño de la turbina para un caudal de 31 m3/s, con el punto de mayor eficiencia a este caudal. Asimismo, a presentar a EGEMSA, en un plazo no mayor a 45 días calendario contados a partir de la suscripción del Contrato, el resultado de su optimización incluyendo el impacto que pueda tener en el proyecto. (Numeral 6.51 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Entregar a EGEMSA el Cronograma de ejecución de Obra al nivel 6 dentro del plazo máximo de veintiún días calendario computadas a partir de la aprobación de la ingeniería básica. (Numeral 6.52 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Acreditar que todo su personal que ingrese a la zona de la Obra tiene la cobertura con el correspondiente Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. (Numeral 6.53 de la Cláusula Sexta del Contrato N° 09-2009)

- Entregar todas las Cartas Fianzas que correspondan conforme a lo establecido en el Contrato, las mismas que deberán ser incondicionales, solidarias, irrevocables; y de realización automática en el país al sólo requerimiento de EGEMSA. (Clausula Décima del Contrato N°09-2009)

- Garantizar la calidad de todos los suministros trabajos y pruebas materia del Contrato, será nuevos y originales fábrica, libres de defectos de material de producción o de fábrica, que cumplirán con todas las especificaciones establecidas en el Contrato (Numeral 11.1 de la Cláusula Décima primera del Contrato N°09-2009)

- Comprometerse a garantizar la calidad de construcción de las obras civiles, contados a partir de la recepción de la Obra, reemplazando todas

aquellas partes que hayan evidenciado deterioros o mal funcionamiento y realizando sin costo alguno para EGEMSA, todos los trabajos de reconstrucción, modificación y reparación de imperfecciones y otros que surgieran como consecuencia del uso de materiales defectuosos en el período de garantía. (Numeral 11.2 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato N°09-2009)

- Comprometerse sin costo alguno para EGEMSA, al reemplazo y/o reparación de piezas y unidades contra defectos de falla detectados en el normal funcionamiento de los equipos suministrados por el periodo que los ha garantizado, de acuerdo con lo estipulado en la definición de Periodo de Garantía de la Cláusula segunda Definiciones del Contrato. (Segundo párrafo del numeral 11.2 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato N°09-2009)

- A ser el responsable de la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes de la Obra, por un plazo no menor a siete (7) años. (Numeral 11.3 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato N°09-2009)

- Recusar una orden escrita en el Cuaderno de Obra, debiendo hacerlo conocer a la Supervisión en forma escrita en dicho Cuaderno dentro de los 03 días calendario subsiguientes a la fecha de la orden, caso contrario, quedará sobre entendido que aceptó tácitamente la orden sin derecho a reclamación posterior. (Numeral 12.3 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato N°09-2009)

- Proporcionar a la Supervisión toda información técnica que solicite respecto a la Obra (Segundo párrafo del numeral 13.2 de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N°09-2009)

- Efectuar cualquier consulta técnica a la Supervisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 251° del REGLAMENTO (Numeral 13.3 de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N°09-2009)

- Programar las diversas actividades de la Obra de acuerdo al Cronograma de Ejecución de Obra. Asimismo, podrá solicitar modificaciones del mismo, las que serán evaluadas por la Supervisión y autorizadas por EGEMSA, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 251° y 259° del REGLAMENTO. (Numeral 15.1.1 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Mantener en la Obra, una vez aprobada por parte de la Supervisión, la ingeniería o aprobada una parte de la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 251° del REGLAMENTO, un juego completo de los planos,

especificaciones y demás documentos que tengan relación con la Obra. (Numeral 15.1.2 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Ser el depositario de todos los materiales que lleguen a la Obra, asumiendo el riesgo por la pérdida o deterioro de los materiales o bienes no incorporados en la Obra, cualquiera que fuese la causa de tales hechos, respondiendo inclusive por culpa leve en su conservación, no cesando su responsabilidad hasta la recepción de la Obra. (Numeral 15.3.2 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Subcontratar parte de la Obra, previo informe favorable de la Supervisión y autorización escrita de EGEMSA. Correspondiendo sustentar documentadamente de la necesidad técnico- económica de la Subcontratación. (Numeral 15.6 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N° 09-2009)

- Considerar en sus costos, la elaboración de los planos, memorias de cálculo, reglajes de protección y control y demás documentos técnicos de la Obra "Como Construido", de todas las especialidades, conforme a lo señalado en el Contrato. Asimismo, a entregar todos los documentos elaborados para el proyecto segunda fase e indicados en idioma castellano (Numeral 15.6.1 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N° 09-2009)

- Preparar y entregar a la Supervisión para su aprobación, antes del ingreso del grupo en operación experimental, todos los Manuales de Operación y Mantenimiento de la Central. Asimismo, a presentar todos estos manuales y la información contenida en los mismos en el idioma castellano, excepto los brochures y manuales de equipos del fabricante, que podrán estar en idioma ingles; correspondiendo entregar dicha información en formato digital en software comerciales (Numeral 15.6.2 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Preparar y proporcionar informes periódicos sobre el avance de la Obra, con una frecuencia no menor de una vez por mes, así como los demás informes o reportes, o certificaciones y otros documentos que la Supervisión solicite. Así mismo, a considerar la realización de reuniones con asistencia de la Supervisión, y de ser el caso de EGEMSA. (Numeral 15.7 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Tomar y mantener en vigor todas las pólizas de seguros que se ajustan a la naturaleza del bien y/u operación para cubrir todas las obras civiles, electromecánicas, activos, maquinarias, equipos y existencias etc, las pólizas para todo el personal de trabajadores que incluya las que se

solicitan de acuerdo a ley, debe cubrir la responsabilidad extracontractual, patronal y las derivadas del Contrato las mismas que deben estar endosadas a favor de EGEMSA (Numeral 16.1 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato N°09-2009)

- A ser el responsable de cumplir todas las condiciones y términos de los seguros para mantenerlos operativos y vigentes, incluso avisar al asegurador en el caso de siniestro dentro del término que fije la póliza respectiva, los seguros contratados no revelarán o disminuirán de manera alguna las obligaciones contractuales y responsabilidades de GyM. Asimismo, deberá rembolsar las pérdidas y daños que no hubieran sido indemnizadas a EGEMSA y ésta tendrá derecho a deducir de sus pagos los montos correspondientes a GyM. (Numeral 16.3 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato N°09-2009)

- A ser el responsable de cualquier demanda civil o penal, reclamo, gastos, relacionados con estos eventos, quedando EGEMSA liberada de toda obligación administrativa o judicial y eximida de toda responsabilidad frente a cualquier reclamo proveniente de las mismas causas, siendo responsabilidad de GyM, asumir la defensa de EGEMSA ante cualquier demanda por parte de terceros, entidades reguladoras y otros, debido a la actuación u omisión de su causa. (Numeral 16.6 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato N°09-2009)

- Avisar por escrito a EGEMSA la proximidad del vencimiento, de cualquiera de las pólizas, con dos meses antes de la fecha definitiva para dicho vencimiento. (Numeral 16.11 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato N°09-2009)

- Evaluar por lo menos cada mes el cumplimiento de los calendarios antes mencionados y particularmente cada vez que ocurra un cambio importante en su secuencia de operaciones. (Numeral 17.1.5 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Presentar dentro de los primeros diez (10) diez días de cada mes un Informe de Avance detallado, comunicándoles sobre cualquier evento que podría retrasar o impedir el cumplimiento de los trabajos dentro del Calendario de Avance de Obra, e indicando las medidas que adoptará para superar tal eventualidad. (Numeral 17.1.8 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Notificar a la Supervisión, siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 42° de la LCAE y REGLAMENTO, si durante la ejecución de las obras se presentasen condiciones que impliquen demoras parciales.

(Numeral 17.1.9. de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- A tener derecho a prórrogas en los plazos contractuales cuando, por razones ajenas a él, se originaran atrasos efectivos en la ejecución de las obras. (Numeral 17.1.10 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Ejecutar las obras adicionales en forma correcta y dentro de los plazos estipulados y de acuerdo con la Orden de Proceder, sus términos y condiciones. (Numeral 17.3.4 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N° 09-2009)

- Comunicar sus objeciones a EGEMSA dentro de los diez (10) días de haber recibido la Orden de Proceder, en el caso que el plazo fijado, los precios, la forma de pago o cualquier modalidad de la mencionada Orden no fueran aplicables a su juicio. (Numeral 17.3.5 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- No rechazar o demorar la ejecución de una obra adicional ordenada de acuerdo con lo descrito en el Contrato, a causa de sus objeciones, de alguna discusión en curso o de algún proceso de arbitraje. (Numeral 17.3.7 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Tomar, dado un caso de fuerza mayor, todas las medidas a su alcance para la protección y el mantenimiento de las obras a fin de minimizar sus consecuencias y evitar mayores retrasos en el desarrollo del Proyecto. Asimismo, los costos en los que incurra por la adopción de medidas de protección y mantenimiento de las obras para minimizar las consecuencias por los casos fortuitos o de fuerza mayor, serán reembolsados por EGEMSA previa autorización y aprobación de la Supervisión. (Numeral 18.2.2 de la Cláusula Décima Octava del Contrato N°09-2009)

- Ser el responsable de la subsanación de daños y/o destrucción ocurridos por Caso Fortuito o de Fuerza Mayor sobre equipos temporales e instalaciones utilizados por el Contratista y sobre materiales y suministros de cualquier clase no incorporados efectiva y definitivamente a las estructuras y/o instalaciones integrantes del Proyecto. Asimismo, los costos que demande tal subsanación serán reembolsados por EGEMSA previa autorización y aprobación de la Supervisión. (Numeral 18.2.3 de la Cláusula Décima Octava del Contrato N°09-2009)

- Solicitar el inicio del periodo de Operación Experimental de la Obra conforme a lo establecido en el Contrato (Cláusula Vigésima Segunda del Contrato N°09-2009)

- Reparar o indemnizar a EGEMSA, a sus dependientes o a terceros por cualquier daño o perjuicio que pudiese ocasionarles como consecuencia de la ejecución de la Obra por daños materiales, lesiones o muerte, etc., y para ello deberá contratar los seguros necesarios que correspondan a la naturaleza y objeto de la Obra. Asimismo, se obliga a reparar las construcciones existentes que pudiesen resultar dañadas por el proceso de ejecución de la Obra, y cuyo costo será asumido directa y exclusivamente por el Contratista. (Numeral 26.1 de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato N°09-2009)

- Realizar el manejo de sus residuos sólidos municipales, en coordinación con EGEMSA y de acuerdo a sus Procedimientos vigentes del ISO 14001. (Numeral 27.3 de la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato N°09-2009)

- A poder resolver el contrato en caso que EGEMSA incumpla injustificadamente sus obligaciones previstas en la Cláusula séptima del Contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226° del REGLAMENTO. (Numeral 28.3 de la Cláusula Vigésima Octava del Contrato N°09-2009)

- Comprometerse expresamente a guardar secreto de toda información que tenga acceso en forma directa o indirecta con motivo de las obligaciones, actividades que desarrolla para EGEMSA o de sus clientes. Dicha obligación subsistirá aún después de concluido el contrato, su incumplimiento genera la correspondiente responsabilidad por daños y perjuicios, sin desmedro de la persecución penal por el delito previsto en artículo 165° del Código Penal. Asimismo, para efectos de la utilización o difusión de la información, GyM deberá contar con una autorización expresa emitida por EGEMSA. (Cláusula Trigésima Cuarta del Contrato N°09-2009)

A su turno, EGEMSA tiene las siguientes obligaciones:

- Encargarse de todas las licencias y autorizaciones que se requieran para una adecuada ejecución de la Obra, conforme a lo establecido en el numera 6.39 de la Cláusula del Contrato (Cláusula Sexta del Contrato N°09-2009).

- Designar por escrito a la Supervisión de obra, quien supervisará y será su representante en la Obra. (Numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Entregar el Expediente Técnico de la Obra, dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato. (Numeral 7.2 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Entregar el terreno o lugar donde se ejecutará la Obra, dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato. (Numeral 7.3 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Entregar el adelanto directo solicitado por el Contratista, hecho que se deberá cumplir dentro del plazo de siete (07) días de haber recibido la garantía correspondiente. (Numeral 7.4 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Aprobar y tramitar la cancelación oportuna de las valorizaciones, previo informe emitido por la Supervisión. (Numeral 7.5 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Aplicar lo dispuesto por el LCAE y el REGLAMENTO, en caso de extensiones del Cronograma por motivos no imputables GyM (Numeral 7.6 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009).

- Efectuar los pagos correspondientes en el tiempo oportuno de acuerdo al contrato. Asimismo, a hacer posible el pago a los Subcontratistas, con la autorización de GyM, pactada en el Contrato. (Numeral 7.7 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Realizar los trámites ante el COES. (Numeral 7.8 de la Cláusula Séptima del Contrato N°09-2009)

- Entregar los adelantos correspondientes a GyM, conforme a lo estipulado en el Contrato (Cláusula Novena del Contrato N°09-2009)

- Supervisar la ejecución de la Obra a través de la Supervisión. Asimismo, a velar por la buena ejecución de la Obra, desde el punto de vista administrativo y técnico, sin perjuicio de la responsabilidad del Contratista (Cláusula Décima Tercera del Contrato N°09-2009)

- Cumplir con las atribuciones inherentes a las funciones de la Supervisión, las cuales se señalan de modo enunciativo y no limitativo

conforme a lo estipulado en la Cláusula Décima tercera del Contrato (Cláusula den numeral 13.4 de la Cláusula Décima Tercera del Contrato N°09-2009.

- Confeccionar y distribuir un acta de cada reunión, conforme a lo señalado en el Cláusula decima quinta del Contrato. (Tercer párrafo del numeral 15.7 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato N°09-2009)

- Poder, a través de la Supervisión, alterar el método de ejecución de las obras previsto en el Contrato, además de su facultad de modificar los planos, y las cantidades de trabajo estipuladas, en todos los casos donde existiera, a su juicio, razón suficiente para dicha alteración. (Numeral 17.2.1 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Ordenar, a través de la Supervisión, al Contratista mediante una orden de cambio cualquier modificación, cambio, adición, deducción u otra forma de variación de una o más partes de la Obra, sin que ello signifique causal para resolución del Contrato. Sin perjuicio que en todos dichos casos, tales modificaciones se requiere de su autorización previa. (Numeral 17.2.2 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Ordenar, a través de la Supervisión, al Contratista además de lo contratado, otras obras y trabajos que éste pueda ejecutar con su equipo y personal y relacionados con los requerimientos generales de la Obra, quedando expresamente entendido que las modificaciones de trabajo, en ningún caso podrán considerarse como obras adicionales. Cada obra adicional encomendada al Contratista será con autorización expresa de EGEMSA y con Orden de Proceder de la Supervisión. (Numeral 17.3.1 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato N°09-2009)

- Poder ordenar a la suspensión total o parcial de la ejecución de la Obra, en circunstancias insalvables de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. (Numeral 18.3.1. de la Cláusula Décima Octava del Contrato N°09-2009)

- Aplicar las penalidades que correspondan al Contratista de ser necesario, conforme con lo estipulado en el Contrato (Cláusula Vigésima Tercera del Contrato N°09-2009).

- Poder resolver el Contrato, haciendo efectivas las fianzas de garantía, de fiel cumplimiento del contrato de conformidad con lo dispuesto en el Contrato (Cláusula Vigésima Octava del Contrato N° 09-2009).

- Intervenir económicamente en la obra de oficio o a solicitud de parte, en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. (Numeral 28.7 de la Cláusula vigésima octava del Contrato N°09-2009)

- Otorgar al Contratista una bonificación por menor plazo de ejecución de la Obra por la cantidad de US$. 9,000 (Nueve mil Dólares Americanos), por cada día anticipado de recepción de la Obra sin observaciones. (Cláusula trigésima del Contrato N°09-2009)

El Contrato originó, por tanto, una relación objetivamente colectiva que se presenta:

> ***"(...) siempre que las prestaciones a cargo de una misma persona o deudor y a favor de un mismo acreedor sean varias"[19].***

En relación con este tema, ha expresado Díez- Picazo que:

> ***"Los supuestos de pluralidad de prestaciones pueden articularse u ordenarse de dos maneras distintas, según que las diferentes prestaciones que el deudor debe ejecutar se encuentren situadas todas ellas en el mismo plano y posean todas ellas, desde el punto de vista de la finalidad empírica, la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor, o bien que una de ellas deba considerarse como principal y otras como accesorias. El primer supuesto es la "conjunción de prestaciones" y el segundo la "concurrencia de una obligación principal con una o varias obligaciones accesorias."[20]*** El subrayado es nuestro.

En el Contrato bajo análisis, todas las prestaciones a cargo de las partes se encuentran situadas en el mismo plano, no porque tengan similares valores económicos, sino porque desde la celebración misma del Contrato las partes persiguieron a través de todas ellas, la finalidad empírica común descrita en la Cláusula Quinta del Contrato, es decir, la ejecución de la Obra "Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", por una retribución de US$148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 Dólares Americanos) incluidos los tributos, y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la Obra.

---

19 **DIEZ PICAZO**, Luis. **Fundamentos...**Op. Cit. Pág. 516.

20 Ibidem.

Se trata, por tanto, de una relación obligatoria objetivamente colectiva con conjunción de prestaciones. Este supuesto se produce, en palabras de Diez-Picazo que:

> ***(...) "cuando el deudor debe diversas prestaciones y el acreedor tiene derecho a todas ellas, encontrándose todas en un mismo plano y poseyendo todas ellas idéntica importancia desde el punto de vista económico en orden a la satisfacción de los fines empíricos a cuyo logro la obligación se dirige."***[21]

El Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato fue concebido como una prestación de servicios a cargo de GyM en la que existen una multiplicidad de prestaciones; y, en la que el Contrato tiene por finalidad la ejecución de las "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", ubicadas en los el Departamento de Cusco.

Es necesario destacar, finalmente, respecto de este punto que el hecho de que la prestación de servicios que, obviamente, es una prestación de hacer, concluya en un dar no la desnaturaliza ni como prestación de hacer ni como prestación de servicios, porque lo relevante en este tipo de relación jurídica es el servicio prestado durante un determinado tiempo, independientemente de que el mismo o parte del mismo pudiera terminar en un dar.

V.5 A TÍTULO ONEROSO

Estamos frente a un contrato oneroso cuando -como explica Scognamiglio- una de las partes:

> ***"(...) se somete a un sacrificio para conseguir una ventaja, y por ello, se establece una relación de equivalencia, entendida en un sentido subjetivo, entre las prestaciones correspondientes"***[22].

Estas ventajas subjetivas de cada parte, en verdad, se materializan en las prestaciones correlativas asumidas. Por ello, Bianca sostiene correctamente que:

---

21 Ibídem.

22 **SCOGNAMIGLIO**, Renato. **La doctrina general**...Op. Cit. Pág. 292.

> ***"(...) el contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte, le corresponde una prestación principal a cargo de la otra"***[23].

La prestación principal de GyM consistía en realizar la Obra con las características pactadas. A su turno, la principal prestación de EGEMSA consistía en pagar la retribución convenida en la Cláusula Octava del Contrato de US$ 148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 Dólares Americanos)

V.6 RELACIÓN OBLIGATORIA DURADERA

Es aquél contrato en el cual la duración no es simplemente tolerada sino querida por las partes, de modo tal que su utilidad es proporcional a ella.

La relación obligatoria se presenta como una relación de la vida social que liga a dos o más personas para la realización de determinados fines económicos–sociales.

El fenómeno de la relación obligatoria se evidencia ante nuestros sentidos de manera temporal, en uno o más momentos; los mismos que pueden estar dados por el instante en que se constituyó y empezó a tener existencia, o por el tiempo en el que se desarrolló, se transformó o se extinguió.

La idea del *"tracto"* de la obligación subdividida para los denominados *"contratos de tracto único"* y los *"contratos de tracto sucesivo"* ha sido muy utilizada por la doctrina tradicional para diferenciar los contratos que se cumplen de manera inmediata, de aquellos que exigen una ejecución reiterada en el tiempo.

La idea de tracto ha venido siendo cuestionada por no ser muy expresiva. *"Tracto"* significa simplemente *"lapso"* o *"transcurso del tiempo"*, por lo que estamos hablando de un *"lapso único"* o de un *"lapso sucesivo"*, o en el mejor de los casos, de un *"transcurso del tiempo único"* lo que parecería ser un contrasentido o de un *"transcurso del tiempo sucesivo"* lo que sería una reiteración. Por ello, la moderna doctrina ha denominado a estas relaciones, con mayor exactitud, como relaciones obligatorias instantáneas y relaciones obligatorias duraderas.
La relación obligatoria instantánea se presenta cuando con la realización de la prestación o de las prestaciones previstas en la relación obligatoria queda inmediatamente extinguida la relación.

---

23 **BIANCA**, Massimo. **Diritto Civile III**. Il contrato. Milano – Dott. A. Giuffre Editore. Milano. 1984. Pág. 466.

Son relaciones obligatorias duraderas todas aquéllas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal. En este tipo de relaciones, la duración no es simplemente tolerada sino querida por las partes, de modo tal que su utilidad es proporcional a ella.

Por tanto, la relación obligatoria duradera ha sido conceptualizada tomando como punto de partida la duración de la relación. En este orden de ideas, nos encontramos frente a una relación obligatoria duradera en contratos como los de arrendamiento, mutuo, depósito, locación de servicios, suministro, entre otros; siendo sin embargo, su ámbito natural, el del contrato de obra.

Las relaciones obligatorias duraderas exigen un límite, convencional o legal porque resulta contrario a la libertad el estar obligado indefinidamente.

Una de las características fundamentales del contrato de obra es su temporalidad porque se trata de un contrato que tiene por objeto la realización de una obra determinada de acuerdo con las características convenidas por las partes. Dicha temporalidad se encuentra vinculada directamente con el plazo.

Existen dos formas o maneras en que puede operar el tiempo. En primer lugar, se debe tener presente el tiempo de la obligación que surge cuando el momento temporal constituye una circunstancia de la relación obligatoria que marca el punto inicial o final de la misma. En este caso, el tiempo incide en la relación obligatoria entendida como una unidad. Se presenta cuando el contrato se encuentra sujeto a una condición suspensiva o resolutiva.

En segundo lugar, debe considerarse el tiempo de la prestación o tiempo del cumplimiento, el que se presenta cuando el momento temporal es considerado sólo como requisito del acto o de los actos de realización o de ejecución de la prestación. En este caso, el tiempo contempla únicamente la ejecución de la prestación que constituye el objeto de la obligación. El tiempo de la prestación o tiempo del cumplimiento o tiempo del pago funciona como un requisito de regularidad de los actos destinados a pagar.

Tratándose de las relaciones obligatorias duraderas, como en el caso del contrato de obra, existe un plazo pactado para la ejecución de la obra. Este plazo tiene un término inicial y un término final para la relación obligatoria en su conjunto.

Para la prestación a cargo de EGEMSA el tiempo de cada cumplimiento está señalado, en primer lugar, por los días pactados para los pagos del monto convenido; y, en segundo lugar, por los momentos en los que debían realizarse cada una de las prestaciones especificas a las que se hubiera obligado.

En cuanto a la prestación a cargo de GyM el tiempo del cumplimiento está en función, en primer lugar, de la fecha pactada para la entrega de la Obra de Rehabilitación ejecutada de acuerdo con lo convenido en el Contrato; y, en segundo lugar, de los momentos pactados para la realización de cada una de las prestaciones especificas a las que se obligó en el Contrato.

El término inicial del plazo del Contrato de prestación de servicios determina el inicio de la exigibilidad de las prestaciones de GYM y los *"dies solutionis"* pactados, el de la exigibilidad de las prestaciones especificas en cada oportunidad convenida en el Contrato.

En la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, se reguló la vigencia, iniciación, duración y terminación del Contrato, en los siguientes términos:

> ***"CLAUSULA DÉCIMA CUARTA: EJECUCIÓN DEL CONTRATO***
>
> ***14.1 El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:***
>
> ***a) Que EGEMSA designe a LA SUPERVISIÓN.***
> ***b) Que EGEMSA haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará LA OBRA.***
> ***c) Que, EGEMSA haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo.***
> ***d) Que se haya entregado el Adelanto Directo a EL CONTRATISTA, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por EGEMSA dentro del plazo de siete (7) días hábiles de haber recibido la garantía correspondiente.***
>
> ***El plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el presente numeral.***
>
> ***14.2 El plazo para la ejecución de obra especificado en el proyecto será de treinta (30) meses calendario incluido noventa (90) días calendario de operación experimental, se inicia con los requisitos descritos en el numeral 14.1 de la presente cláusula, culminando con la recepción de obra.***

14.2.1 El periodo de operación experimental será de noventa (90)'días calendario; cuarenta y cinco (45) días desde la Central Hidroeléctrica Machupicchu y cuarenta y cinco (45) días desde el Centro de Control de EGEMSA en la ciudad del Cusco, de acuerdo con el Procedimiento de Operación Experimental.

14.3 El plazo de ejecución contractual culmina con el consentimiento de la liquidación de obra."

Es así, que para la ejecución de la Obra se estableció que el plazo contractual entraría automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse las condiciones señaladas en el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, finalizando el plazo de ejecución contractual con el consentimiento de la Liquidación de Obra.

V.VII NO EXISTE RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN DE GyM CON EGEMSA

Conforme a los términos pactados en el Contrato, GyM quedó vinculada con EGEMSA con total independencia y sin subordinación, sin que las prestaciones a cargo de GyM para EGEMSA generasen vínculo laboral alguno entre ellas, ni tampoco entre EGEMSA y el personal de GyM que trabajase en la ejecución de las prestaciones convenidas en el Contrato.

Es, justamente, por la existencia de esta característica que en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato, referida a los trabajadores se estableció que EGEMSA no tiene ninguna relación laboral o contractual con los trabajadores y dependientes de GyM y de los eventuales subcontratistas que ésta utilice.

"CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA: TRABAJADORES

25.1 EL CONTRATISTA obtendrá a su nombre las planillas para el registro de los trabajadores.

25.1.1 EGEMSA no tiene ninguna relación laboral o contractual con los trabajadores y dependientes de EL CONTRATISTA y de los eventuales subcontratistas, o con el personal de sus subcontratistas que intervengan directa o indirectamente en la ejecución de LA OBRA y cuyas relaciones laborales o contractuales le son totalmente ajenas.

> ***25.2 EL CONTRATISTA es el único responsable por los sueldos, salarios, beneficios sociales, compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, tributos, aportaciones sociales que afecten a las remuneraciones y servicios, y por el cumplimiento de las normas laborales, de seguridad social o por cualquier otra responsabilidad que le corresponda como empleador. Asimismo, libera expresa y definitivamente a EGEMSA de cualquier responsabilidad al respecto, independientemente de la decisión que pudieran adoptar las autoridades administrativas o judiciales."***

V.VIII SE TRATA DE UN ÚNICO VÍNCULO CONTRACTUAL

El contrato celebrado entre EGEMSA y GyM presenta un único vínculo contractual, por cuanto se mantienen en su integridad las responsabilidades respecto de las obligaciones asumidas por cada una de las partes

VI. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO CELEBRADO

En los contratos de obra suscritos al amparo de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, el Contratista es el postor adjudicatario de la Buena Pro en la Licitación Pública, en la Adjudicación Directa Pública o en el Concurso convocado para tal efecto, en tanto que el comitente es la entidad estatal que se ha visto en la necesidad de convocar a dicha Licitación Pública, Adjudicación Directa Pública o Concurso para el desarrollo de una obra en particular.

Como indica Roberto Dromi, la Administración para el cumplimiento de sus fines puede requerir la realización de una construcción o instalación. Si esta ejecución se efectúa por intermedio de sujetos privados se recurrirá, en principio, al contrato de obra pública.[24]

El concepto de obra pública se puede definir a partir de cuatro elementos[25]:

> ***"Elemento subjetivo: Se requiere que uno de los sujetos de la relación contractual sea el Estado (...), o una persona pública no estatal que ejerza función administrativa por delegación estatal expresa.***

---

24 Cfse.: **DROMI**, Roberto. **Derecho Administrativo**. Décima Edición Actualizada. Primera Parte. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid. 2004. Pág. 605.

25 Ibídem. Pág. 606.

> ***Elemento material: El elemento material o instrumental se refiere a la cuestión del origen de los fondos con que se realiza la obra.***
>
> ***Elemento objetivo: El objeto del contrato de obra pública puede tratar sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales.***
>
> ***Elemento finalista o teleológico: La finalidad del Estado o del ente no estatal no tiene trascendencia para definir el contrato de obra pública, porque éste sólo es un procedimiento para realizar o ejecutar una obra".***

El Contrato reúne los cuatro elementos anteriormente mencionados, por lo que debe ser considerado como un Contrato de Obra Pública.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia –como ya lo ha señalado anteriormente- que a la relación obligatoria creada por las partes, se le deben aplicar las normas del TUO y su Reglamento, y supletoriamente, las normas del Código Civil (en especial, las reglas de la prestación de servicios y del contrato de obra, en lo que fuera pertinente), según lo dispone el artículo 201°del Reglamento:

El Código Civil de 1984 ha regulado a la prestación de servicios como el género del cual se desprenden sus distintas modalidades, en las cuales el denominador común está constituido por la fuerza del trabajo, la que se encuentra en diferentes formas en la locación de servicios, el contrato de obra, el depósito, el secuestro y el mandato.

Estas distintas modalidades de la prestación de servicios regulan en algunos casos obligaciones de medios y, en otros casos, obligaciones de resultado. Sin embargo, existen diferencias entre las unas y las otras. Cuando se comprometen medios el objeto de la prestación está dado por la actividad propiamente dicha, de modo que el trabajo es un fin, en tanto que si el prestador se obliga a un resultado, no basta la fuerza de trabajo propiamente dicha, sino que debe existir además una consecuencia prevista por las partes contratantes que tiene que ver con la obra o el trabajo comprometido.

Legislativamente, la definición de contrato de obra se encuentra en el artículo 1771° del Código Civil, el cual precisa lo siguiente:

> ***"Por el contrato de obra el Contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución."***

Puede apreciarse que en el contrato de obra adquiere especial relevancia, el resultado del trabajo que el Contratista se ha obligado a realizar. Por ello, es que Arias Schreiber y otros, han sostenido que:

> ***"(...) El tenor del artículo 1771° es lo suficientemente amplio para extenderse a innumerables hipótesis siempre y cuando pueda descubrirse de su contenido los siguientes elementos condicionadores: a)un resultado para llegar al cual se proporcionan energías que no son un fin, sino un medio; y b) el pago de un precio o retribución, que puede ser determinado o determinable."*** [26]

En la teoría, la locación de servicios y el contrato de obra parecen fácilmente diferenciables. Sin embargo, en la práctica muchas veces se presentan situaciones sumamente complejas y discutibles, debido a que todos los contratos que forman parte de la prestación de servicios tienen una cierta relación de parentesco, ya que son especies de un mismo género.

Para Jordano Fraga, cuya opinión compartimos:

> ***"(...) la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. (...). Por ello, la base de la distinción de ambas clases de obligaciones ha sido puesta en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor. De ahí la relatividad de la distinción, pues una misma obligación puede ser de medios o de resultado, según se desprenda de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecuencia de aquel mismo resultado"***[27].

Y más adelante agrega:

---

26 **ARIAS-SCHREIBER PEZET**, Max, **CÁRDENAS QUIRÓS**, Carlos, **ARIAS-SCHREIBER M**, Angela, **MARTÍNEZ COCO**, Elvira, **Exégesis del Código Civil Peruano de 1984,** Tomo III. Gaceta Jurídica Editores, Lima. 1997. Pág. 107.

27 **JORDANO FRAGA**, Francisco. **La responsabilidad contractual**. Editorial Civitas. Madrid. 1997. Págs. 174 y 175.

> ***"Aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia técnica o no) y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física"***[28].

Entonces, en primer lugar, puede concluirse que lo relevante del contrato de obra es el resultado concreto y final del trabajo (el opus) que una de las partes se ha obligado a realizar. En este caso se pactó en el Contrato que GyM ejecutaría las "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", ubicadas en el departamento del Cusco.

Además, debe tenerse en cuenta que:

> ***"Se entiende que el contrato de obra es de tracto único, ya que se concentra en una sola prestación, aunque su distribución haya sido convenida en prestaciones parciales. Este es un elemento diferencial con la locación de servicios, pues en ella la prestación es constante o de tracto sucesivo"***[29]. El subrayado es nuestro.

En el presente caso, la relación obligatoria es de tracto único. Además, de la naturaleza de la prestación de servicios; y, por tanto, del contrato de obra como una de sus modalidades, se desprende también que éstos presuponen necesariamente la realización de prestaciones tanto de dar como de hacer. En el caso del contrato de obra, la prestación de dar del comitente se traduce en el pago de una retribución, y la prestación de hacer del Contratista está dirigida a la realización de una obra determinada.

En el presente caso lo relevante es el resultado del trabajo (el opus). GyM se obligó a realizar las "Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu"; mientras que EGEMSA se obligó a un dar, consistente en pagar una retribución de US$ 148'691,117.02 (Ciento cuarenta y ocho millones seiscientos noventa y un mil ciento diecisiete y 02/100 Dólares Americanos) incluidos tributos y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de la obra.

Por tanto, sobre la base de lo señalado en el presente punto y del análisis del Contrato, este Tribunal concluye: (i) que estamos frente a un contrato de

---

28 Ibídem. Pág. 175.

29 Ibídem. Pág. 107.

obra[30], porque las características del Contrato celebrado corresponden a las de este tipo contractual; y (ii) que a EGEMSA le interesaba el proceso de ejecución de la Obra porque la actividad que debía realizar GyM fue descrita específicamente en el Contrato.

En este sentido, conforme al análisis realizado, el Tribunal Arbitral ha podido apreciar que el Contrato celebrado por las partes reúne las siguientes características: es un contrato del que surge una relación obligatoria objetivamente colectiva, duradera, con prestaciones recíprocas, a título oneroso, sin relación de subordinación de GyM con EGEMSA y con un único vínculo contractual.

Además, de acuerdo con lo establecido en las Bases, el Sistema de Contratación es uno de Precios Unitarios y la Modalidad de Ejecución Contractual por el Financiamiento de la entidad, de Llave en Mano. La Cláusula Segunda del Contrato referida a las Definiciones, ha determinado el significado de la Llave en Mano y de los Precios unitarios, de la siguiente manera:

> ***"Llave en Mano: Es la modalidad de ejecución contractual en la que el postor oferta la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de LA OBRA.***
>
> ***Precios Unitarios y Globales contratados: Precios Unitarios de EL CONTRATISTA consignados en el presupuesto contratado, de cuya aplicación sobre el Metrado Base resulta el monto del Contrato. Los precios globales son aquellos que, por las condiciones específicas de LA OBRA, no son desagregados en partidas específicas distintas. Para las Obras Civiles se aplicarán los Precios Unitarios y para las Obras Electromecánicas se aplicarán los Precios Globales de conformidad a las especificaciones técnicas de las Bases Integradas.(...)."***

Del análisis de las mencionadas características del Contrato celebrado y de lo mencionado en este punto, el Tribunal Arbitral concluye que nos encontramos frente a un Contrato de Locación de Servicios, Bajo el Sistema de Precios Unitarios, con la Modalidad de Llave en Mano.

30 En doctrina existen diferentes clases de Contrato de Obra: Por Ajuste Alzado Absoluto, por Ajuste Alzado Relativo, por Economía, por Administración, por Precios Unitarios, por Llave en Mano, etc. El Código Civil peruano sólo legisla el Contrato de Obra por Precios Unitarios como figura genérica (artículo 1771°), el Contrato de Obra por Ajuste Alzado Relativo (artículo 1776°) y en forma colateral (artículo 1781°) la modalidad del Contrato de Obra por Pieza o Medida.

VII. DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Las partes en la Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia de fecha 28 de setiembre del 2007, solicitaron al Tribunal Arbitral que éste se pronuncie sobre diversos puntos por ellas propuestos.

En dicha Audiencia, luego de oír a las partes, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los Puntos Controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas con la conformidad de las partes.

Al respecto, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que procederá a pronunciarse respecto de los Puntos Controvertidos fijados, en la forma y el orden que considere conveniente, para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias materia del presente arbitraje.

- Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral otorgar a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la obra del Contrato 09-2009 ("Contrato de Ejecución del Proyecto Obra de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu"), igual a doscientos doce (212) días calendario, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 8.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. pagar a GyM S.A. el valor de los mayores gastos generales derivados de la ampliación de plazo indicada en la Primera Pretensión Principal, que asciende a la suma de US$ 5, 416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis y 88/100 Dólares Americanos), más IGV y más los correspondientes intereses.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral otorgar a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la obra igual a cuatrocientos doce (412) días calendarios, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 9.

- Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. pagar a GyM S.A. el valor de mayores gastos generales que se habrían derivado de la ampliación de plazo indicada en el numeral precedente, que ascendería a la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 dólares de los Estados Unidos de América), más IGV y más los correspondientes intereses.

- Determinar por cuál de las partes o en qué proporción deben ser asumidos las costas y costos derivados del presente arbitraje.

VIII. LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 08

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Punto Controvertido N° 1, referido a determinar si corresponde o no otorgar a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la obra del Contrato 09-2009 ("Contrato de Ejecución del Proyecto Obra de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu"), igual a doscientos doce (212) días calendario, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 8.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis sobre esta pretensión:

1. Que en febrero de 1998 se produjo un aluvión sobre el cauce del río Acobamba que afectó las instalaciones de la Central Hidroeléctrica de Machupicchu, destruyéndola casi completamente.

2. Que para alcanzar la capacidad instalada que tenía la Central Hidroeléctrica en Machupicchu antes del siniestro, EGEMSA inició el Proyecto "Segunda Fase de Rehabilitación de la Central Hidroeléctrica de Machupicchu".

3. Que con la finalidad de llevar a cabo la Obra, EGEMSA convocó a la Licitación Pública LP-01-2008-EGEMSA, licitación en la que GyM, obtuvo la Buena Pro.

4. Que con fecha 24 de abril de 2009 se suscribió el Contrato N° 09-2009, denominado "Contrato de Ejecución del Proyecto Obras de Rehabilitación Segunda Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu", el que se encuentra regulado por el TUO y su Reglamento.

5. Que con fecha 17 de julio de 2009 se dio inicio al plazo de ejecución de obra, conforme a lo anotado por la Supervisión en el Asiento N° 01 del Cuaderno de Obra.

6. Que el Expediente Técnico del Proyecto señalaba que en el frente del Km. 122, la tubería forzada debía construirse en la parte externa de la ladera de la montaña en la que debía apoyarse, tal como ha quedado demostrado en las Audiencias Ilustrativas del presente proceso.

7. Que en la Cláusula Segunda del Contrato[31] referida a las Definiciones se especifica que se entiende por Obra Civil:

> ***"(...) todo el proceso de materialización del <u>proyecto objeto del Expediente Técnico</u> y del Contrato, y comprende diseño complementario de los trabajos, suministros y servicios que deben ser realizados para la cabal ejecución y terminación del proyecto, incluso de sus controles, pruebas y puesta en marcha en condiciones normales y de emergencia, conforme a la mejor técnica usual."*** El subrayado es nuestro.

8. Que las Obras Civiles fueron diseñadas por el proyectista de la Obra (empresa Lahmeyer Agua y Energía S.A.)[32] y no por GyM, de tal manera que el proyectista es el responsable del diseño de dichas Obras.

9. Que la ejecución de una tubería forzada es considerada como una Obra Civil.

9. Que con fecha 27 de diciembre de 2010 mediante la Carta N° 835-10- GyM S.A.-1652/CSM, GyM presentó ante la Supervisión su solicitud de Ampliación de Plazo N° 8 por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones de GyM por causas atribuibles a EGEMSA, debido al retraso de EGEMSA en la aprobación del nuevo diseño de la tubería forzada.

> ***"(...) En tal sentido, solicitamos a ustedes se sirvan analizar y emitir pronunciamiento sobre el expediente adjunto, dentro de los plazos y alcances regulados por el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones aplicable a nuestro contrato, con el cual solicitamos el reconocimiento de doscientos doce (212) días calendarios de ampliación de plazo y el pago de la suma de US$ 5'416,756.88 (Cinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta y seis y 88/100 Dólares Americanos), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas, por concepto de mayores gastos generales, <u>por el período de tiempo que a consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional y Deductivo N° 03 (por errores en el expediente técnico), el plazo de la obra se deberá prorrogar</u>, y con ello la ejecución de actividades que siguen siendo contractuales y que por lo tanto están sujetas a lo establecido en el primer párrafo del artículo***

[31] Anexo 4-B de la demanda.

[32] Anexo 2-A de la contestación de la demanda.

260° del RLCAE, por lo que ésta suma no constituye una duplicidad de reconocimiento de derechos a favor de Gym S.A. y por lo tanto un doble cobro por parte suya."[33] El subrayado es nuestro.

10. Que EGEMSA ha solicitado a este Tribunal Arbitral que tenga en cuenta que GyM suscribió el Expediente Técnico que sustentó el Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, en el que se señaló expresamente lo siguiente:

    "El Presupuesto Adicional N° 03 de acuerdo al Cronograma vigente no se encuentra en la ruta crítica por lo que no genera ampliación de plazo ni reconocimiento de mayores gastos generales y el plazo de ejecución concordado entre Contratista y Supervisión será igual al previsto en el contrato para la partida 06 Conducto Forzado". El subrayado es nuestro.

11. Que en relación a este punto, el Tribunal Arbitral aprecia que la Ampliación de Plazo se solicitó por la demora en la aprobación del Expediente Técnico que podría haber afectado el Calendario de Ejecución de la Obra, mientras que lo que se realiza en el Expediente Técnico es el reconocimiento que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 03, después de su aprobación, es decir, en el momento en que se ejecutase, no afectaría la ruta crítica del Calendario de Avance de la Obra.

12. Que por lo tanto, corresponde analizar si la Ampliación de Plazo N° 8 solicitada se inscribe en alguna de las causales que pueden dar lugar a que el contratista solicite una ampliación de plazo, y que han sido previstas en el artículo 42° del TUO.

    "Artículo 42°.- Adicionales, reducciones y ampliaciones.-

    (...)
    El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.
    Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso b) del Artículo 41° de la presente Ley." El subrayado es nuestro.

33 Anexo 4-C de la demanda.

13. Que en concordancia con el anterior dispositivo, en el artículo 258° del Reglamento se dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 258.- Causales***
>
> ***De conformidad con el Artículo 42° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:***
> ***1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;***
> ***2) Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;***
> ***3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados."*** El subrayado es nuestro.

14. Que GyM sostiene que la Ampliación de Plazo N° 8 debe aprobarse porque existió una demora imputable a EGEMSA en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado que afectó la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra en doscientos doce (212) días calendario.

15. Que por lo tanto, corresponde que este Tribunal Arbitral analice si hubo o no demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado, y de haberla habido si ésta es imputable o no a EGEMSA.

18. Que al respecto, este Tribunal considera que la actuación de la relación obligatoria, a través de la cual se logra la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la asunción, por ambas partes, de los comportamientos que les corresponden a sus respectivas situaciones jurídicas.

19. Que Natoli afirma que el ejercicio del derecho y la ejecución de la prestación constituyen dos momentos indispensables:

> ***"(...) de modo que la falta de uno de ellos excluye la posibilidad de considerar verdaderamente actuada la relación también si, por suerte, ocurra que el interés del acreedor se vea satisfecho bien se verifique la liberación del deudor"[34].***

[34] **NATOLI**, Ugo. **"L'attuazione del rapporto obbligatorio".** En: **Trattato di diritto civile e commerciale.** Diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo. Volume XVI, tomo I. Milano" Giuffrè, 1974. Pág. 1.

20. Que el comportamiento del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El comportamiento del acreedor es relevante en lo referente a la facultad de exigir la conducta del deudor (ejercicio de la pretensión) y en la colaboración que debe prestar al deudor.

21. Que Badosa Coll [35]distingue entre una conducta de cumplimiento unilateral, en la cual basta con la actuación del deudor y una conducta bilateral, cuando se precisa la cooperación del deudor.

22. Que la relación obligatoria está destinada a satisfacer el interés del acreedor; esto es la necesidad que la prestación está dirigida a satisfacer. Como bien lo indica Giorgianni:

> ***"(...) puesto que el deber del deudor debe satisfacer un interés del acreedor, esto debe valer no sólo para el nacimiento, sino para toda la vida de la relación obligatoria. Así que ésta no podrá mantenerse viva cuando aquel interés desaparezca"[36].***

23. Que Bianca admite que también el deudor puede estar interesado en el cumplimiento:

> ***"Tal interés es jurídicamente tutelado mediante el instituto de la liberación coactiva y <u>el deber del acreedor de no agravar la posición del deudor omitiendo poner en juego la cooperación necesaria para lograr el cumplimiento</u>."[37].*** El subrayado es nuestro.

24. Que el interés del deudor en el cumplimiento no es tutelado de la misma manera que el del acreedor. En ese sentido Cattaneo señala que:

> ***"(...) el esquema típico de la obligación no prevé la tutela del interés del deudor en ejecutar la prestación"[38].***

---

35 **BADOSA COLL** citado por **VAQUER ALOY**, Antonio. **El ofrecimiento de pago en el Código Civil**. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1997. Pág. 18 y siguientes.

36 **GIORGIANNI,** Michele. **L'inadempimento. Corso di Diritto Civile**. Giuffré Editore. Milano. 1975. Pág. 65.

37 **BIANCA,** Massimo. **Diritto Civile** (...). Op. Cit. Pág. 46. Existe traducción al castellano a cargo de Gastón Fernández Cruz en **Ius et Veritas.** Año V. N° 9. Pág. 114.

38 **CATTANEO**, Giovanni. **Il danno cogionato da informazioni incorporate in un prodotto**. En: **Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3 millennio.** A cura di Paolo Cendon. Di autori vari. Giuffré Editore. Milano. 1944. Pág. 44.

25. Que lo que puede constatarse es un interés jurídicamente protegido del deudor en relación a su liberación y a no ver agravada su posición como consecuencia de la omisión de la cooperación del acreedor. Se trata del interés del deudor de no ejecutar una prestación más gravosa de la debida; es decir, el interés de liberarse sin retardo y sin daños. En tal sentido el ordenamiento jurídico le proporciona dos instituciones: los procedimientos liberatorios y la mora del acreedor.

26. Que el acreedor debe realizar todo aquello que esté a su alcance con el fin de que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo y para que éste pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agraviar el empeño del deudor en realizar la prestación[39].

27. Que en la doctrina se discute la naturaleza jurídica del concurso del acreedor, así hay quienes consideran que constituye una obligación y otros que le atribuyen el carácter de carga.

28. Que para Díez-Picazo, en posición que comparte el Tribunal Arbitral, se trata de «cargas» y no de auténticos deberes.

> ***"(...) no se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. <u>No se trata de un auténtico «deber» sino un «tener que» para poder hacer</u>. Sobre el acreedor, como tal, no recaen auténticos deberes"[40].*** El subrayado es nuestro.

29. Que Vaquer Aloy[41] rechaza la existencia de obligación alguna de colaborar o de recibir el pago por parte del acreedor. Para el autor catalán la cooperación es una carga. Para Giorgianni:

> ***"(...) el acreedor podrá tener al máximo la carga, pero no el deber de recibir la prestación del deudor"[42].***

---

39 **CABANILLAS SÁNCHEZ**, Antonio. **Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y Mercantil**. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1998. Pág. 72.

40 **DÍEZ PICAZO**, Luis. **"El contenido..."**. En: Op. Cit. Pág. 133.

41 **VAQUER ALOY**, Antonio. El ofrecimiento de pago en el Código Civil. Marcial Pons. Madrid. 1997. Pág. 27.

42 **GIORGIANNI**, Michele. Op. Cit. Pág. 69. En este mismo sentido **ROPPO**, Enzo. **Manuale di diritto civile**. Bari. Editori Laterza. 1984. Pág. 150.

30. Que en tal sentido, el acreedor no tiene el deber de cooperar pero el Derecho no puede dejar desprotegido al deudor condenándolo a mantenerse vinculado indefinidamente. El Derecho tutela el interés del deudor en liberarse de la obligación y a no ver agravada su posición frente a la negativa injustificada del acreedor en cooperar. Así, se le otorgan diferentes mecanismos de protección: la mora del acreedor, para que su situación no sea más gravosa y la consignación, como mecanismo de liberación.

31. Que para el ejercicio de la pretensión por parte del acreedor, éste tiene que realizar determinados actos de colaboración. Este comportamiento es libre, en tal sentido no puede serle exigido. El acreedor tiene, propiamente, la carga de realizar los actos de colaboración.

32. Que resulta claro que el deudor no puede exigir (pretender) del acreedor la realización de los actos de cooperación, no tiene pues un derecho (subjetivo) de liberarse como correlato de un deber jurídico del acreedor de colaboración. El deudor no cuenta con el mecanismo de la ejecución forzosa para lograr la cooperación, cuenta con la consignación, que es un mecanismo que, precisamente, permite la liberación del deudor sin la colaboración del acreedor.

33. Que el comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como "cooperación" debe ser, en principio, necesario para el cumplimiento[43], de tal manera, Caballero Lozano señala que:

> ***"(...) existen ciertos supuestos de aparente necesidad de cooperación al cumplimiento, y que, sin embargo, no lo son por falta de relación de necesidad entre la prestación del deudor y la conducta del acreedor"[44].***

34. Que la mora del acreedor no procede en cualquier categoría de relación obligatoria sino sólo en aquéllas donde la prestación no puede ser ejecutada sin la cooperación del acreedor. Como señala Cattaneo:

> ***"La cooperación no tiene es decir una finalidad autónoma respecto a aquel de la prestación; su fin no tendría sentido si no existiera una obligación con un cierto contenido a cargo del deudor"[45].***

---

43 Ver artículo 1338° del Código Civil Peruano.

44 **CABALLERO LOZANO,** José María. Ob. Cit. Pág. 99.

45 **CATTANEO**, Giovanni. Ob. Cit. Pág. 115.

35. La cooperación será siempre necesaria en las relaciones obligatorias con prestación de dar y en las de hacer que culminan en un dar[46]. Aquí la conducta del acreedor consiste en recibir la cosa.

36. La cooperación del acreedor puede producirse en diversas fases del cumplimiento de la obligación:

    Cooperación inicial o actos preparatorios. Es la que se produce cuando el deudor necesita ciertos actos del acreedor antes de comenzar la ejecución de la prestación. Pueden citarse como ejemplos: el realizar los trabajos preliminares en el contrato de obra, permitir el ingreso del contratista en el terreno en el que se realizará la obra[47].

    Cooperación durante el desarrollo de la prestación. Comúnmente se manifiesta en las relaciones obligatorias con prestación de ejecución duraderas. Así, por ejemplo, en el caso del suministro de los materiales en el contrato de obra.

    Cooperación en la fase final de ejecución. En este caso el deudor ha realizado la conducta que le corresponde y sólo queda esperar la cooperación del acreedor. Así, por ejemplo, la recepción de la cosa.

37. Que la mora del acreedor no puede ser considerada como un retraso en el "deber" u "obligación" de colaboración a cargo del acreedor, en la medida que, como ha quedado dicho, no estamos, propiamente, ante un deber jurídico u obligación.

38. Que más bien puede afirmarse que la falta injustificada de colaboración o cooperación de parte del acreedor, puede originar un retraso del deudor en la ejecución de la prestación. Un retardo que no es imputable al deudor y, por tanto, no dará lugar a la *"mora debitoris"*.
39. Que así, se utiliza la expresión *"mora creditoris"* para referirse al retardo del deudor en la ejecución de la prestación debida ocasionado por la falta injustificada de colaboración del acreedor[48].

---

46 Distinguimos las relaciones obligatorias de hacer en relaciones obligatorias con prestación de hacer que culminan en un dar (ejemplo: confeccionar un terno) y en relaciones obligatorias con prestación de puro hacer (ej. pintar una casa). Ver al respecto **WAYAR,** Ernesto C. **Derecho Civil. Obligaciones. I. Concepto. Naturaleza. Elementos. Efectos. Teoría del Incumplimiento.** Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1990. Pág. 121.

47 Loc. cit.

48 En tal sentido Díez-Picazo define la mora "creditoris" como "aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la ejecución de la prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una causa imputable al acreedor" (**DÍEZ-PICAZO**, Luis. **Fundamentos**... Op. Cit. Volumen I, Pág. 734). Igualmente Fueyo Laneri

40. Que el retardo presupone la posibilidad de ejecutar la prestación y que ésta sea aún idónea para satisfacer el interés del acreedor.

41. Que la diferencia entre la situación de retardo y la de incumplimiento reside en que la inejecución de la prestación en el momento debido la hace inepta para satisfacer el interés del acreedor.

42. Que no es cualquier negativa la que constituye en mora al acreedor, sino que ésta debe ser injustificada o ilegítima. Nuestro Código Civil, en el artículo 1338° utiliza la expresión sin motivo legítimo, lo que puede originar dudas sobre su significado.

43. Que para Díez-Picazo:

> ***"(...) la mora credendi no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la realización de la prestación"[49].***

44. Que en este mismo sentido Visintini afirma que:

> ***"(...) en definitiva aquello que cuenta para los fines de la operatividad de los efectos de la mora es la individualización de los casos en los cuales es debida una cooperación del acreedor, la omisión de esta, aún si no es culpable, o provocada por las circunstancias a él no imputables, dispara todos los efectos de la mora"[50].*** El subrayado es nuestro.

45. Que igualmente Larenz dice que:

> ***"(...) en sentido propio no es posible semejante culpa porque el acreedor, como tal, no está obligado, según el***

---

la define como "el retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor (...)" (**FUEYO LANERI**, Fernando. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**. 2a. edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1991. Pág. 441). **NATOLI**, Ugo. Op. Cit. Pág. 7.

49 **DÍEZ-PICAZO**, Luis. **Fundamentos**..., Op. Cit. Volumen I. Pág. 735. En el mismo sentido **BEVILÁQUA**, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Volume I. Ediçâo histórica. Rio de Janeiro. Editora Río. 1984. Pág. 90. **CASTAÑEDA**, Jorge Eugenio. **"Noción de la mora"**. En: **Ius et Praxis**. Diciembre, 1986. N° 8. Pág. 183. **CABANILLAS SÁNCHEZ**, Antonio. Op. Cit. Pág. 142.

50 **VISINTINI**, Giovanna, **CANNATA**, Carlo Augusto e **PROSPERETTI**, Marco. " **L'adempimento delle obbligazioni"**. En: **Trattato di Diritto Privato**. Diretto da Pietro Rescigno. Volume I. Tomo Primo. Torino. UTET. 1988. Pág. 141.

criterio legal, en principio, ni a la aceptación ni a otra clase de cooperación"[51].

46. Que la mora del acreedor es un mecanismo de tutela del interés del deudor en la ejecución de la prestación de tal manera que su situación no resulte más gravosa y esto significa trasladar al acreedor el daño sufrido por el deudor como consecuencia del retardo en su liberación por la negativa injustificada del acreedor en colaborar. Basta que la negativa sea injustificada sin entrar a analizar si es culposa o no.

47. Que para que la negativa del acreedor se estime injustificada es suficiente con que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en favor de su conducta[52].

48. Que como bien señala Caballero Lozano la culpa y la justa causa son:

> ***"(...) dos aspectos que operan en diferente plano. La culpa se desenvuelve en el terreno de la voluntad del acreedor, mientras que, por el contrario, <u>la justa causa opera objetivamente</u>."[53]*** El subrayado es nuestro.

49. Que de acuerdo con el artículo 1339° del Código Civil peruano:

> ***"El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso".***

50. Que es necesario, sin embargo, analizar algunos aspectos en relación al artículo trascrito.

51. Que como señala Castán Tobeñas la omisión de la carga de colaboración del acreedor:

> ***"(...) acarrea perjuicios a quien incurre en él, privándole del resultado jurídico perseguido, pero no produce las***

---

51 **LARENZ**, Karl. Op. Cit. Pág. 376. En el mismo sentido ver: **HEDEMANN**, Justus Wilhelm. **Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones**. Volumen III. Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Pág. 188. **ENNECCERUS**. Ludwig, **KIPP**, Theodor y **WOLFF** Martin. **Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones**. Tomo II. Volumen Primero. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer. Librería Bosch. Barcelona. 1933. Pág. 294. **TUHR**, Andreas von. **Tratado de las obligaciones**. Tomo I. Madrid. Editorial Reus. 1934. Pág. 64, nota (2).

52 **TUHR**, Andreas Von. Op. Cit. Tomo II. Volumen I. Pág. 64.

53 **CABALLERO LOZANO**. José María. Op. Cit. Pág. 141.

consecuencias de ejecución forzosa y de resarcimiento propias de la transgresión de los verdaderos deberes"[54].

52. Que en el mismo sentido Natoli señala que la inobservancia de una carga:

> ***"(...) da lugar no a responsabilidad frente a la otra parte, pero a responsabilidad respecto a si mismo, es decir auto responsabilidad, concretándose en no alcanzar un efecto favorable o, nada menos, en la pérdida del derecho"[55].***

53. Que el incumplimiento de la carga no incide en la realización de un interés ajeno, por tanto, no da lugar a responsabilidad. En este sentido Trabucchi señala que:

> ***"(...) en la mora solvendi nos enfrentamos con la violación de una obligación que produce una responsabilidad, mientras que en la mora accipiendi no se da una violación de la obligación y no se deriva, por tanto, una responsabilidad"[56].***

54. Que asimismo, Cabanillas Sánchez señala que:

> ***"El acreedor que no observa la carga, más que perjudicar un interés ajeno (el del deudor o el de un tercero), se perjudica a sí mismo, a su propio interés. La vinculación jurídica del acreedor consiste únicamente en tener que soportar el efecto jurídico desfavorable por omitir la conducta en que consiste la carga, sin que exista el incumplimiento de una obligación que sea sancionado con la ejecución forzosa o con la indemnización de daños y perjuicios."[57]*** El subrayado es nuestro.

55. Que para Von Tuhr:

> ***"(...) los efectos de la mora creditoria no consisten en un deber de resarcimiento de daños, toda vez que el acreedor,***

---

54 **CASTÁN TOBEÑAS, José.** Op. Cit. Pág. 208.

55 **NATOLI**. Op. Cit. Pág. 51, nota (9).

56 **TRABUCCHI**, Alberto. Op. Cit. Pág. 68. En este mismo sentido Breccia señala que el eventual incumplimiento de la carga haría imposible la satisfacción del interés del propio titular, "pero no incidiría en la realización de un interés ajeno y no sería, entonces, fuente de responsabilidad para con nadie" (**BRECCIA**, Umberto y otros. **Derecho Civil**. Tomo I, volumen I. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1992. Pág. 447).

57 **CABANILLAS SÁNCHEZ**, Antonio. Op. Cit. Pág. 48.

al negarse a recibir la prestación no incurre en ninguna trasgresión de deberes"[58].

56. Que para Padilla el acreedor en mora:

"(...) adeuda a su deudor todos los gastos del ofrecimiento, traslados, etc., que haya tenido que realizar con resultado infructuoso"[59].

57. Que de acuerdo con el artículo 304° del Código Civil alemán:

"El deudor puede exigir, en caso de mora del acreedor, indemnización por los desembolsos extras en los que se ha visto obligado a incurrir por la oferta sin resultado, así como por la custodia y preservación del objeto debido".

58. Que cuando se produce el incumplimiento de un deber de prestación, el riesgo se atribuye al que ha incumplido la conducta debida. El daño sufrido por el acreedor ha de ser resarcido por el deudor. Atribuir el riesgo al deudor o establecer que la responsabilidad pesa por regla sobre el deudor, se justifica en el hecho que es:

"(...) más frecuente el caso en que sea el deudor, antes que el acreedor, el que pueda adoptar medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente sobre la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna"[60].

59. Que en el caso de la inobservancia o de la deficiente observancia de la carga del acreedor, las cosas suceden de otra manera, ya que el riesgo ha de atribuirse exclusivamente al acreedor. Las consecuencias perjudiciales que derivan de la carga han de ser soportadas exclusivamente por el acreedor, sin que quepa ser trasladadas al deudor. Esto significa que todos los costos del retardo son asumidos por el acreedor, lo cual comprende los daños que el deudor sufre como consecuencia de la prolongación de la relación obligatoria por la negativa injustificada del acreedor a prestar su colaboración en la liberación del deudor y, además, el acreedor asume los daños que dicho retardo le pudiera haber ocasionado.

---

58 **TUHR**, Andreas Von. Op. Cit. Tomo II. Pág. 64.

59 **PADILLA**, René. Op. Cit. Pág. 311.

60 **TRIMARCHI**, Pietro. **"Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual"**. En: **Thémis, Revista de Derecho**. N° 29. Lima. 1994. Pág. 97.

60. De conformidad con lo previsto en el Contrato EGEMSA debía entregar a GyM la Ingeniería Básica para que ésta pudiera realizar la Ingeniería de Detalle. En tal sentido, para el Tribunal Arbitral, es evidente que EGEMSA tenía una carga de colaboración inicial, de tal manera que GyM no podía iniciar la ejecución de la prestación consistente en la Ingeniería de Detalle si no contaba con una Ingeniería Básica correcta.

16. Que atendiendo a lo anterior este Tribunal Arbitral ha apreciado que con la carta N° 094-09-GyM S.A.-1652/CSM[61] de fecha 26 de noviembre de 2009, GyM hizo notar a EGEMSA la existencia de la falla geológica.

> ***"(...) que habiendo efectuado el replanteo de la ubicación del bloque de anclaje "G" de mayor precisión pique vertical en conjunto con el CSM, (...) se observó que la ubicación del bloque de anclaje y pique vertical se encuentra sobre una falla geológica."*** El subrayado es nuestro.

17. Que con la carta de fecha 4 de diciembre de 2010[62], EGEMSA reconoció la existencia de las fallas geológicas, pero sin considerarlas como fallas activas, en los siguientes términos:

> ***"(...) comunicamos que se ha coordinado con el Proyectista de la obra quién manifiesta que en la zona de la tubería forzada fueron identificadas varias fallas que cruzan el trazo de la misma. Asimismo estas fallas fueron detectadas, reportadas y evaluadas en el proceso del Estudio (...). Si el Contratista considera que puede existir algún problema con ello agradeceremos remitirnos información técnica al respecto si se considera que esta falla sea activa o en qué magnitud su ubicación afectará la estructura planteada, teniéndose en cuenta que muchas de ellas sólo pueden cortar diagonalmente la posición del pique."*** El subrayado es nuestro.

18. Que mediante la Carta N° 112-09- GyM S.A.-1652/CSM[63] de fecha 15 de diciembre de 2009, GyM dejó constancia de la existencia de fallas

---

61 Folio 64 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

62 Folio 66 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

63 Folio 65 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

erosionadas en la zona de la tubería forzada, calificando a la zona como vulnerable, en los siguientes términos:

> ***"Considerando su respuesta al según la carta de la referencia, es importante mencionar lo siguiente:***
>
> - ***En el marco geológico anexo 5-5.1, se muestra un análisis geomorfológico en la "Superficie en general donde se apoyará la tubería forzada, con una Litología de roca granodiorita", las condiciones estructurales representan un sistema de fallas sub paralelas, "INACTIVA".***
>
> - ***La presencia de sectores escarpados son indicios de debilidad de la roca, suponiendo presencia de fallas geológicas erosionadas, por lo que se considera un riesgo la proyección sobre ellas de las obras civiles, toda vez que es preferible evitar estos sitios 'considerados vulnerables'.***
>
> - ***Finalmente en el numeral 5.1. se menciona que las condiciones de roca son favorables, tomando como referencia los resultados obtenidos de la "Perforación diamantina"; pero debe evitarse proyectar obra civil e hidráulica en trazos de 'falla geológicas'.***
>
> - ***No es de conocimiento de GyM la ubicación de las perforaciones diamantinas para una mejor apreciación.***
>
> ***GyM manifiesta que con carta N° 094-09-GyM S.A. - 1652/CSM de fecha 20.11.09, cumplió con su obligación de advertir posibles futuras consecuencias no deseadas, por lo que toma nota de la respuesta del CSM para la ubicación del bloque de anclaje G-3 en su carta de la referencia, sin embargo dejamos constancia de nuestras observaciones y apreciaciones. (...)."*** El subrayado es nuestro.

19. Que el artículo 210° del Reglamento establece la obligación del contratista de comunicar de manera inmediata las fallas o defectos que se pudieran advertir luego de la suscripción del Contrato, sobre cualquier especificación que la Entidad le hubiera proporcionado.

> ***"Artículo 210.- Fallas o defectos percibidos por el contratista***

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.
La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones." El subrayado es nuestro.

20. Que del análisis de la carta N° 094-09-GyM SA-1652/CSM[64] de fecha 20 de noviembre de 2009 y la carta N° 112-09-GyM SA-1652/CSM[65] de fecha 15 de diciembre de 2009, con las que se hizo de conocimiento de la Supervisión de la existencia de una falla geológica sobre la cual se encuentran ubicados el bloque de anclaje y el pique vertical, el Tribunal Arbitral ha formado convicción de que GyM cumplió oportunamente y con la diligencia ordinaria con su obligación legal de advertir a EGEMSA de la existencia de fallas geológicas activas en el lugar en el que estaba proyectada la colocación externa de la tubería forzada.

21. Que también le es claro al Tribunal Arbitral que la responsabilidad del diseño y, por consiguiente, de la ubicación de la tubería forzada, es del proyectista a quien EGEMSA le encargó el diseño de la obra.

22. Que por lo tanto, el retraso en la ejecución de la Obra por la demora en la aprobación del nuevo diseño de la tubería forzada no le es imputable a GyM.

23. Que el Tribunal Arbitral ha analizado que ambas partes intercambiaron una serie de comunicaciones (cartas y anotaciones en el Cuaderno de Obra) por las cuales la Supervisión le solicitaba a EGEMSA la elaboración de una

---

64 Folio 64 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

65 Folio 67 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

serie de estudios a los que GyM consideraba que correspondían a una ingeniería básica y no a una ingeniería de detalle.

24. Que en efecto, mediante la carta N° CSM-GyM 063/09[66] de fecha 18 de diciembre de 2009, la Supervisión solicita a GyM lo siguiente:

> ***"En atención a vuestra carta de la referencia comunicamos al Contratista atender a la brevedad los puntos detallados abajo como sigue:***
>
> - ***El Modelo Geológico del Estudio Definitivo contemplaba en este sector de anclaje G-3 condiciones de fracturamiento y ubicación de fallas cercanas a este, tal como se puede apreciar a lo largo de todo el macizo rocoso del trazo de la tubería forzada, en tal sentido GyM debe realizar lo siguiente:***
> -
> - ✓ ***Presentar un Modelo Geológico en 3D de la zona del pique donde se aprecie las condiciones estructurales de fracturas y fallas que lo estén afectando.***
> - ✓ ***Desarrollo del Modelo de condiciones estructurales del macizo rocoso para el pique con el software DIPS.***
> - ✓ ***Evaluar y proponer el método de excavación más adecuado para las condiciones actuales del pique en roca fracturada a muy fracturada con influencia de falla en parte del trazo a fin de no alterar mas las condiciones de la roca.***
> - ✓ ***Evaluar y redimensionar el sostenimiento previsto de la excavación del pique. (...)"***El subrayado es nuestro.

25. Que sin embargo, tal como se ha señalado anteriormente, en el Modelo Geológico al que hace referencia la Supervisión se señalaba la presencia de fallas "inactivas", de tal manera que si efectivamente, las fallas hubieran sido de dicha naturaleza, hubiera correspondido que GyM realizara la ingeniería de detalle correspondiente a la ingeniería básica proyectada. En cambio, se ha apreciado que las fallas estaban activas, por lo que GyM no podía realizar una ingeniería de detalle de una ingeniería básica que debía

[66] Folio 67 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-A de la demanda.

ser rediseñada por el propio proyectista de la obra. Siendo así las cosas, la Supervisión estaba solicitando a GyM, en unos casos la realización de una ingeniería básica que no le correspondía realizar a ella; y en otros casos, la realización de una ingeniería de detalle que tampoco podía llevar a cabo sin que previamente se le hiciera entrega de la nueva ingeniería básica sobre la cual debía trabajar.

26. Que lo anteriormente mencionado ratifica la afirmación que ha efectuado este Tribunal Arbitral en el sentido que GyM actuó con la diligencia ordinaria del caso y que el retraso en la aprobación del nuevo diseño de la tubería forzada no le es imputable a ella.

27. Que EGEMSA en su Sesión de Directorio N° 418 de fecha 06 de diciembre de 2010, aprobó la realización del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu referido a la modificación de la tubería forzada.

28. Que el término de la causal de demora en la aprobación del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu se produjo con la aprobación por EGEMSA del Adicional y Deductivo N° 3.

29. Que EGEMSA ha alegado: (i) Que GyM presentó la Ampliación de Plazo N° 8 fuera del plazo; (ii) Que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no afecta el Calendario de Avance de Obra vigente; (iii) Que inició los trabajos del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado antes de su aprobación; (iv) Que cualquier demora en la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado le es atribuible exclusivamente a ella; (v) Que GyM declaró que no reclamaría una ampliación de plazo por la ejecución del Adicional N°03 y Deductivo N° 03; (vi) Que GyM tardó en ejecutar un acceso al "Punto G"; y (vii) Que GyM se demoró en determinar el Presupuesto del Adicional N°03 y Deductivo N° 03.

30. Que respecto de la primera alegación efectuada por EGEMSA, en el sentido que GyM presentó la Ampliación de Plazo N° 8 fuera del plazo. En relación con este tema, el Tribunal Arbitral considera que la causal de demora en la aprobación del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu, era una causal abierta que se inició con el señalamiento por parte de GyM de la existencia de fallas geológicas en la zona de la tubería forzada y concluyó con la aprobación por parte de EGEMSA del Adicional N°03 y el Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu.

31. Que siendo ello así, GyM debía presentar su solicitud de ampliación de plazo por la mencionada causal una vez finalizada la causal abierta antedicha.

32. Que en este entendido, GyM presentó oportunamente con fecha 22 de diciembre de 2010 su solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, tal como se evidencia en la Carta N° 835-10-Gym S.A.-1652/CSM[67].

33. Que respecto de la segunda alegación efectuada por EGEMSA en el sentido que la aprobación del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado no afecta el Calendario de Avance de Obra vigente, ha quedado demostrado que la demora en la aprobación ocasionó el retraso del inicio de los trabajos de la tubería forzada.

34. Que respecto de las ampliaciones otorgadas directamente por EGEMSA o las que otorguen los distintos Tribunales Arbitrales que están conociendo las controversias existentes entre las partes, sólo podrá visualizarse el impacto definitivo que tendrán en el plazo de ejecución de la Obra y en su Cronograma, a la conclusión de todos los mencionados procesos.

35. Que respecto de la tercera alegación efectuada por EGEMSA señalando que GyM inició los trabajos del Presupuesto Deductivo N° 3 – Pique Inclinado antes de su aprobación. En relación a este punto, el Tribunal Arbitral considera –de acuerdo con lo que se pudo apreciar en las Audiencias Ilustrativas- que la ejecución anterior de trabajos por parte de GyM sólo le podía favorecer a ella en el caso que el Adicional fuera aprobado. Caso contrario, tendría que soportar las consecuencias de su obrar.

36. Que respecto de la cuarta alegación efectuada por EGEMSA, el Tribunal Arbitral ya ha aclarado que la demora en la aprobación del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu no le puede ser imputable a GyM.

37. Que respecto de la quinta alegación efectuada por EGEMSA, el Tribunal Arbitral ya ha aclarado que el hecho que GyM declaró que no reclamaría una ampliación de plazo por la ejecución del Adicional N°03 y Deductivo N° 03, es distinto al hecho de reclamar por la demora en la aprobación de del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 de la obra Rehabilitación II Fase Central Hidroeléctrica Machupicchu.

38. Que respecto de la sexta alegación efectuada por EGEMSA en relación a que GyM tardó en ejecutar un acceso al "Punto G", el Tribunal Arbitral

---

67 Folio 01 de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 08, presentada como Medio Probatorio en el Anexo 4-C de la demanda.

señala que si el Proyecto le hubiera sido entregado inicialmente a GyM sin defectos, el tema del acceso sería totalmente irrelevante.

39. Que respecto de la sétima alegación efectuada por EGEMSA en relación a que GyM demoró en determinar el Presupuesto del Adicional N°03 y Deductivo N° 03 ha quedado demostrado en el proceso que el mencionado Presupuesto fue elaborado por la Supervisión[68], lo que demuestra que esta no era una obligación de GyM.

40. Que por lo tanto, corresponde otorgar a GyM la Ampliación de Plazo N° 8 solicitada por doscientos doce (212) días calendario, debiendo el Tribunal Arbitral **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda.

IX. LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 09

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en relación a esta Pretensión, tiene en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Punto Controvertido N° 3, referido a determinar si corresponde otorgar a GyM S.A. una ampliación de plazo para la ejecución de la obra igual a cuatrocientos doce (412) días calendarios, por los hechos referidos en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 9.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis sobre esta pretensión:

Posición de GyM:

1. Que el expediente técnico del proyecto (o estudio de ingeniería o diseño) proporcionado por EGEMSA disponía que los Desarenadores 5 y 6, en el frente del Km. 107, debían ser construidos de forma tal que implicaban la destrucción de los muros inca presentes en la zona.

2. Que el diseño elaborado por EGEMSA respecto a los Desarenadores 5 y 6 no ha podido ejecutarse hasta la fecha, debido a que EGEMSA no ha culminado el retiro de los muros incas que se ubican sobre el proyectado pórtico de entrada de los mencionados desarenadores.

3. Que está acreditado que contractualmente la responsabilidad por el diseño de las obras civiles corresponde a EGEMSA.

68 Anexo 2-A de la contestación de la demanda.

4. Que EGEMSA y/o la Supervisión realizó un diseño alternativo para la ejecución de los desarenadores. Dicho diseño finalmente fue desestimado por la propia EGEMSA, siendo que para poder iniciar los trabajos en los Desarenadores 5 y 6 se excavó un túnel desde el interior de los Desarenadores 7 y 8. La solicitud de ampliación de plazo se refiere estrictamente al hecho dado desde el momento en que se pudieron iniciar los trabajos en los Desarenadores 5 y 6, al alcanzarse su ubicación subterránea contractual.

5. Que de acuerdo a las normas técnicas aplicables, un adecuado diseño de obras de envergadura como las de una central hidroeléctrica requieren estudios de suelos y geológicos; investigaciones en el sitio; investigaciones de antecedentes; etc. Dichos estudios, de haberse realizado oportunamente por EGEMSA, hubiesen determinado la detección de los muros incas.

6. Que los muros incas se presentan sobre el nivel del suelo, en la propiedad de EGEMSA y alrededor de sus instalaciones y eran perfectamente verificables para ella.

7. Que EGEMSA no concluyó los estudios arqueológicos antes del diseño del proyecto, y que incluso pretendió ejecutar éste aplicando un Estudio de Impacto Ambiental que no contemplaba el alcance de las obras, lo que obligó a la intervención del Ministerio de Energía y Minas.

8. Que EGEMSA llevó adelante el concurso público que originó el Contrato mientras aún subsanaba las observaciones del Ministerio de Energía y Minas, guardando absoluto silencio de ese hecho ante los postores.

9. Que el "informalismo" de EGEMSA la ha llevado al extremo de afirmar que la apresurada visita de un arqueólogo, a los extensos dos (2) frentes de los Kilómetros 107 y 122, en un mismo día y sin realizar ninguna muestra, investigación o prospección, acreditarían su "diligencia".

10. Que la propia empresa contratada por EGEMSA para realizar el plan de manejo ambiental ordenado por el Ministerio de Energía y Minas advirtió de la existencia restos arqueológicos en el Km. 107.

11. Que GyM, en la misma acta de recepción de los terrenos para la ejecución del proyecto, advirtió a EGEMSA la existencia de restos arqueológicos en el Km. 107.

12. Que los incumplimientos de EGEMSA o hechos imputables a la misma son cinco: (i) Deficiente expediente técnico; (ii) Silencio frente a los postores respecto a que no había concluido los procedimientos frente al INC durante la propia etapa del concurso público; (iii) Negligencia

absoluta en tomar medidas frente a la evidente presencia de restos arqueológicos alrededor de sus instalaciones; (iv) Omisión en tomar medidas diligentes para superar la interferencia de los muros incas ante la advertencia expresa de la empresa que desarrolló el plan de manejo ambiental y, además, por GyM S.A.; y, (v) Demora en la tramitación de los procedimientos ante el INC (Ministerio de Cultura).

13. Que tanto el cronograma contractual aprobado por ambas partes en enero de 2010, como el cronograma aprobado unilateralmente por EGEMSA en noviembre de 2010, contemplan un idéntico plazo para la ejecución de los desarenadores: 644 días.

14. Que la paralización total de noventa y dos (92) días debido a las lluvias extraordinarias de inicios del año 2010, no tiene relevancia alguna para determinar la ampliación de plazo requerida por el Contratista, ya que se refiere a una causal que se inició y agotó antes del inicio de la ejecución (proyectada y real) de los Desarenadores 5 y 6.

Posición de EGEMSA:

15. Que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 9 de GyM se sustenta en los retrasos incurridos por GyM en la construcción de las naves 5 y 6 del Desarenador, como consecuencia del hallazgo de restos arqueológicos.

16. Que en el Informe JPV-003-2011 de fecha 13 de diciembre de 2011, elaborado por el Ingeniero Luis Javier Pérez Villafana, se señala que este pedido debe ser rechazado, toda vez que el tiempo requerido para la culminación de la construcción de las naves 5 y 6 del Desarenador no llega a afectar la ruta crítica de la Obra.

17. Que el Tribunal debe tomar en consideración los siguientes aspectos:

    i) Que conforme hemos indicado, como consecuencia de la ampliación de plazo de 92 días aprobada por EGEMSA, el inicio y fin de la Operación Experimental han quedado postergadas para el 20 de enero de 2012 y el 18 de abril de 2012, respectivamente.

    ii) Que, el Cronograma Actualizado de Obra, además de haber sido obtenido de manera irregular y de incurrir en graves errores técnicos, no permite inferir cuáles son las duraciones para las actividades de excavación en subterráneo y obras de concreto de las Naves 5 y 6 del Desarenador.

    Que esto se debe a que en el Cronograma Actualizado se han acumulado los plazos de ejecución de las naves 5, 6, 7 y 8 del Desarenador, como si se tratara de una ejecución en serie y no en paralelo como fue previsto en el Cronograma Contractual.

iii) Que en el cronograma actualizado remitido por GyM en su carta del 25 de agosto de 2009, el mismo que establece plazos de ejecución similares a los del Cronograma Contractual, sí se pueden apreciar cuáles son las duraciones y precedencias de las actividades de excavación en subterráneo y obras de concreto de las Naves 5 y 6 del Desarenador.

Que este cronograma, el cual prevé una duración de 422 días para la Excavación y Obras en Concreto del Desarenador, es técnicamente idóneo para analizar la incidencia de la causal invocada por GyM, más aún si el diseño original de las Naves 5 y 6 no ha sido modificado.

iv) Que, la causal invocada por GyM en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 9 concluyó el 30 de marzo de 2011, fecha en la que habiendo culminado el Túnel de Acceso construido a partir de las Naves 7 y 8 del Desarenador tuvo acceso para movilizar su maquinaria, mano de obra y materiales para la excavación en subterráneo de las Naves 5 y 6.

18. Que tomando en cuenta lo expuesto, así como un porcentaje de las duraciones de las actividades del cronograma de fecha 25 de agosto de 2009, se tiene que la ejecución de las Naves 5 y 6 del Desarenador requiere un plazo de 294 días, contados desde la fecha de fin de la causal invocada por GyM (30 de marzo de 2011) hasta el 17 de enero de 2012.

19. Que esta nueva fecha de fin de ejecución de la partida del Desarenador es más próxima a la fecha de inicio de la Operación Experimental resultante de la ampliación de plazo de 92 días otorgada por EGEMSA. En tal sentido, no existe afectación a la ruta crítica de la Obra.

20. Que por lo expuesto, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 9 debe ser rechazada.

Posición del Tribunal Arbitral:

21. Que mediante la Carta N° 418-11-GyM recibida por la Supervisión con fecha 13 de abril de 2011, GyM presentó la por concepto de los Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 9 otorgada por este Tribunal Arbitral (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos), en los siguientes términos:

"Nos dirigimos a ustedes en el marco de la ejecución del Contrato N° 09-2009 (...) para <u>adjunto remitir el Expediente</u>

de Ampliación de Plazo N° 09 y primera ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles a EGEMSA que imposibilitó la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107.

En tal sentido, solicitamos a ustedes se sirvan analizar y emitir pronunciamiento sobre el expediente adjunto, dentro de los plazos y alcances regulados por el artículo 259° del Reglamento (...), con el cual solicitamos el reconocimiento de cuatrocientos doce (412) días calendarios de ampliación de plazo y la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil y doscientos trece con 72/100 Dólares Americanos). El subrayado es nuestro.

22. Que en los "Acontecimientos y/o Hechos" de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09[69] presentada por GyM con fecha 13 de abril de 2011, se destacan entre otros, los siguientes hechos:

(...)
2.1. En los primeros días del mes de octubre de 2009 se llevaron a cabo trabajos de replanteo topográfico de la zona asignada para la construcción de los desarenadores, excavando calicatas en los ejes de los desarenadores N° 1 y N° 2 para ubicar el talud de roca, encontrándose en las calicatas tomadas que los restos arqueológicos de muros incas continuaban hasta la zona en la que se ubicarían, conforme al Expediente Técnico, los referidos desarenadores. Ante el riesgo de incurrir en infracciones administrativas y penales por posibles daños a los restos arqueológicos encontrados, se procedió a la suspensión los trabajos en dicha zona. (...)

2.3. Mediante anotación del CONTRATISTA en el asiento N° 65 del cuaderno de obra, del 07 de noviembre de 2009, se dejó constancia que el 06 de noviembre de 2009 se llevó a cabo una inspección técnica en el frente identificado como Km. 107, liderada por la SUPERVISIÓN en el lugar diseñado para excavar y construir los desarenadores, en la cual se contó con la presencia de personal de EGEMSA, del proyectista (...) y EL CONTRATISTA.

69 Folio 005 en adelante del Anexo 4-F de la demanda.

(...). Como conclusión de ésta inspección técnica se determinó que era necesario modificar el diseño vigente a dicha fecha para superar las condiciones ambientales y geológicas de especial consideración.(...).

2.6. Por su parte, LA SUPERVISIÓN, mediante la anotación del asiento de cuaderno de obra N° 85, de fecha 23 de noviembre de 2009, indicó que el hallazgo de restos arqueológicos en la zona designada por EL PROYECTISTA para la construcción de los desarenadores, no ameritaba la suspensión de estos trabajos en el Km. 107. (...).

2.9. En respuesta a lo indicado por LA SUPERVISIÓN en el Asiento N° 85 del Cuaderno de Obra, EL CONTRATISTA manifestó en la anotación del Asiento N° 93 del Cuaderno de Obra, de fecha 27 de noviembre de 2009, que el Código Penal y la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación prohibían, bajo pena privativa de la libertad, la demolición; y pena de multa, si se ejecutaba algún tipo de trabajo en zonas en las cuales se hubiera encontrado restos arqueológicos prehispánicos, por lo que ante ello, procedimos a cumplir con nuestra obligación legal de suspender los trabajos en la zona. Asimismo, indicamos que si pese a ello la Supervisión consideraba que debíamos continuar con los trabajos, debía ordenarlo de manera expresa en el Cuaderno de Obra. En esta misma anotación se dejó constancia que los demás trabajos continuaban ejecutándose con normalidad en este frente.

2.10. Mediante anotación en el Asiento N° 96 del Cuaderno de Obra de fecha 28 de noviembre de 2009, EL CONTRATISTA dejó constancia que por invitación de EGEMSA se asistió a una reunión en la cual estuvo presente EL PROYECTISTA (...).

(...)Finalmente, se concluyó que debido a la disturbación geológica y la existencia de restos arqueológicos en la zona, EGEMSA a través DEL PROYECTISTA, era responsable de revaluar y rediseñar el proyecto teniendo en consideración que era importante definir el contacto del material suelto (coluvial) con la roca y proceder con la estabilización del material suelto antes de iniciar la excavación.

Por todo lo anterior, se propuso la elaboración de un estudio DIAMANTIN, opción que fue aceptada por el especialista André Soubrier (...).

2.11. Por su parte, LA SUPERVISIÓN, mediante anotación del Asiento N° 100 del Cuaderno de Obra, de fecha 05 de diciembre de 2010, instruyó, que todos los trabajos que no afectaran la zona en la cual se encontraron restos arqueológicos debían continuar. Además indicó que a dicha fecha no existían trabajos del Contratista que pudieran afectar la mencionada zona. (...).

2.14. Mediante anotación del Asiento N° 137 del Cuaderno de Obra de fecha 09 de enero de 2010, EL CONTRATISTA dejó constancia que no existiendo a dicha fecha definición respecto al rediseño de los trabajos en el frente Km. 107, dicha demora y las circunstancias que la provocaban, constituían una causal de ampliación de plazo, la cual sería solicitada por EL CONTRATISTA una vez que la causal concluyese, dentro de los plazos previstos y de acuerdo a las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.(...).

2.16. Con carta N° CSM-GyM 075/10 de fecha 16 de enero de 2010, LA SUPERVISIÓN remitió cuatro (04) planos, que según lo indicado en su carta, formaban parte de la solución de diseño referida a la existencia de restos arqueológicos en el Km. 107. Asimismo, indicaron que los demás planos serían enviados a la brevedad posible. (...).

2.18. Mediante la anotación en el asiento N° 159 del Cuaderno de Obra, de fecha 19 de enero de 2010, EL CONTRATISTA además de hacer acuse de recibo de los planos enviados con carta CSM-GyM 075/10 de LA SUPERVISIÓN, indicó que la información alcanzada por LA SUPERVISIÓN era insuficiente y no le permitía elaborar un nuevo plan de trabajo, ni presupuestar el mismo; ni diseñar estrategias de adquisición de materiales, logística y análisis de todas las condiciones necesarias para llevar a cabo los trabajos que el frente Km. 107 requería y mucho menos definir su impacto y reprogramación en el Cronograma de Obra.

Asimismo, se solicitó la siguiente información necesaria: 1) Plano de detalles en niveles del ducto de purga, pendientes cotas desde la poza de purga a la descarga

final, equivalente a los planos OC-134 y OC-135 del proyecto inicial, 2) Cortes E,F,G,H,I; indicados en el plano OC-133, 3) Detalle del sistema de evacuación de las rejillas finas. 4) Detalles del portal de entrada y corte en la galería de acceso. (...).

2.20. Mediante anotación en el Asiento N° 178 del Cuaderno de Obra de fecha 26 de enero de 2010, la Supervisión respondió la anotación del Asiento N° 159 del Contratista, indicando que los planos remitidos, en cumplimiento a lo acordado en Reunión de fecha 14 de enero de2010, eran los básicos que permitían realizar un cálculo muy aproximado del costo del cambio de ubicación de la naves de los desarenadores; la modificación ha incrementado el canal de aducción dos túneles de alimentación y los desarenadores totalmente en caverna. (...).

2.21. Conforme al Cronograma de Obra aprobado el 19 de enero de 2010 por EGEMSA, el inicio de excavación de las cuatro (04) naves de los desarenadores estuvo programado para el día 30 de enero de 2010, no pudiendo darse inicio a las actividades proyectadas, en vista de la existencia de restos arqueológicos en el terreno en el cual el Proyectista ubicó los desarenadores.

2.22. Luego de más de ocho (08) meses de cursar correspondencia entre LA SUPERVISIÓN, EL CONTRATISTA y EGEMSA, con Carta N° CSM-GyM 297/10 de fecha 10 de setiembre de 2010, la Supervisión indicó textualmente que: "Las obras en el Km. 107 se deberán ejecutar manteniendo los planos, cantidades y precios unitarios contractuales referidos para las obras en el Km. 107. Las eventuales modificaciones serán indicadas al Contratista, en el tiempo debido. Sin embargo, el Contratista, puede iniciar las actividades contractuales, incluyendo presentación de método de trabajo". (...).

2.26. Mediante la carta N° 531-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 13 de octubre de 2010, EL CONTRATISTA, remite los planos de planta y secciones transversales correspondientes a los trabajos de excavación y afrontonamiento de caverna para las cuatro naves de los desarenadores. (...).

2.28. Con la carta N° CSM-GyM 429/10-HJ de fecha 19 de octubre de 2010, la Supervisión, da respuesta a la Carta N° 531-10-GyM S.A.-I652/CSM, respecto de la cual indica textualmente que el planeamiento para la excavación, afrontonamiento de la caverna para los desarenadores debería estar referido a las dos últimas naves, es decir las naves 7 y 8.

2.29. En los puntos 2.3. y 2.5 de la minuta de Reunión N° 41 de fecha 19 de octubre de 2010, EGEMSA informó que de acuerdo a expresiones verbales de Arqueólogos representantes del FNC (que visitaron la zona), éstos confirman que los restos arqueológicos hallados interfieren con las naves 5 y 6 y que en efecto son muros incas (con más de 600 años de antigüedad). Informa también que viene elaborando un proyecto arqueológico para la intervención de los restos que interfieren con las naves 5 y 6. (...).

23. Que con el Asiento N° 810 de fecha 01 de noviembre de 2010[70], el Contratista comunicó a la Supervisión lo siguiente:

    "(...) que conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM 429/10-HJ de fecha 19 de octubre de 2010 se procedió a suspender las labores en las naves 5 y 6 de los desarenadores" El subrayado es nuestro.

24. Que mediante el Asiento N° 819[71] de fecha 02 de noviembre de 2011, la Supervisión solicitó a GyM su cooperación de la siguiente manera:

    " (...), les solicitamos cooperar de ser posible, con alguna alternativa, que permita trabajar en los desarenadores 5 y 6, sin desatar los muros de andenería Inca, mientras EGEMSA, tramita el permiso para su retiro y posterior reposición. (...).".

25. Que en el punto 6.3.1 y 6.3.2 de la minuta de la Reunión N° 43[72] de fecha 03 de noviembre de 2010, GyM dejó constancia de lo siguiente:

    "(...)

---

70 Folio 188 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

71 Folio 189 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

72 Folio 190 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

6.3.1. GyM hace mención que en la visita del día de hoy miércoles 03 de noviembre a los desarenadores del KM. 107, EGEMSA ha confirmado que no se ejecuta el afrontonamiento de las naves 5 y 6 de los desarenadores a consecuencia de la existencia de los muros incas.

6.3.2. CSM considera que las naves 5 y 6 se deben ejecutar simultáneamente con naves 7 y 8, está a la espera de método de trabajo, incluyendo la solución de acceso a las naves 5 y 6 de punto de vista constructivo."

26. Que este Tribunal Arbitral ha apreciado que con Asiento de Cuaderno de Obra N° 841[73] de fecha 05 de noviembre de 2011, dejó constancia que en la Reunión llevada a cabo el día 03 de noviembre de 2010 en las instalaciones del frente Km. 107, con la participación del Ing. Mario Ortiz de Zevallos Jefe de Proyecto de EGEMSA, Ing. Juan Gómez como representante del Consorcio Supervisión Machupicchu y los ingenieros José Carlos Marmanillo Casapino, Cesar Zegarra Camminati, Alejandro Amenabar Velarde y Paul Ruidias Alarcon de GyM y el representante de EGEMSA, ratificó la paralización de todos los trabajos de afrontonamiento para los desarenadores de naves 5 y 6, hasta que se resuelva la interferencia con los restos arqueológicos incas.

27. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 850[74] de fecha 08 de noviembre de 2010, dio respuesta al Asiento N° 774 de la Supervisión, indicando que su labor era referida a la ingeniería complementaria.

> ***(...), debemos indicar que la labor del contratista en cuanto a las obras civiles se limita a la ejecución de ingeniería complementaria, más no a la elaboración de ingeniería básica, por lo que la preparación de alternativas de solución se encuentra netamente a cargo de EGEMSA a través del Proyectista, por lo que lamentamos no poder atender su solicitud.***
>
> ***Del mismo modo hacemos propicia la oportunidad para indicar que desde el momento en que el Contratista no puede continuar regularmente con su trabajo (debido a la interferencia con restos arqueológicos, protegidos por normas penales y la Ley de Patrimonio Cultural de la Nación), se ve obligado a paralizar, por ello, siendo consciente de tal impedimento la Supervisión señala en su***

73 Folio 193 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

74 Folio 194 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

carta CSM-GyM 429/10 que el procedimiento de trabajo presentado por el Contratista con carta N° 521-10-GyM S.A.-1652/CSM es solo es para las naves 7 y 8 de los desarenadores. Habiendo el Contratista desarrollado dicho procedimiento de trabajo de acuerdo con el proyecto, es decir para las cuatro naves del desarenador, incluyendo las naves 5 y 6 (las que presentan las referidas interferencias).

En tal sentido, agradeceremos mucho remitir a la brevedad posible la resolución de EGEMSA que aprueba el cambio de ingeniería básica contractual, conteniendo la solución a la interferencia de los muros incas, respecto del cual se procederá a elaborar el presupuesto adicional, con la finalidad de evitar innecesarias dilaciones y de manera tal que se cumpla con las normas pertinentes".

28. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 874[75] de fecha 11 de noviembre de 2010, la Supervisión comunicó a GyM que los trabajos de afrontonamiento de la naves 5 y 6 de los desarenadores, ordenada por EGEMSA está contemplada en la Cláusula Décima Octava 18.3 Suspensión de la ejecución de la obra y de acuerdo a lo tratado en la Reunión N° 44 de fecha 9 de noviembre de 2010. Además indicó que el Contratista debió presentar un plan de trabajo con la alternativa de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6, con la finalidad de trabajar en las dos naves, así como remitir al Proyectista dicha alternativa para su revisión y aprobación. Por lo tanto, los trabajos de todas las naves deben seguir sin suspensión alguna y de acuerdo al plan de trabajo del Contratista.

29. Que, GyM alega que con carta N° 651-10 GyM S.A.-1652/CSM[76] de fecha 12 de noviembre de 2010, remitió en calidad de cooperación dos esquemas de solución para la construcción de un túnel de acceso entre las cavernas que albergarán a los desarenadores de las naves 5, 6, 7 y 8 lo que permitiría la excavación de los desarenadores 5 y 6 sin alterar el terreno natural en el cuál se encuentran los restos arqueológicos.

30. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 895[77] de fecha 12 de noviembre de 2010, se reiteró que es obligación de EGEMSA dar una solución técnica a ésta interferencia con la aprobación vía resolución del

[75] Folio 197 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

[76] Folio 188 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

[77] Folio 202 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

correspondiente Expediente Técnico y la remisión de los metrados y documentos correspondientes.

31. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 89[78]5 de fecha 12 de noviembre de 2010, la Supervisión con Asiento de Cuaderno de Obra N° 915[79] de fecha 16 de noviembre de 2010, indicó que puede *"alterar el método de ejecución de las obras (sub el 17.2.1) y debido que el Contratista es responsable del desarrollo integral de la obra"* (sub el 6.2), se ha dado la instrucción al Contratista a presentar método de trabajo para las naves 5 y 6.

32. Que en respuesta al Asiento de Cuaderno de Obra N° 874[80] de fecha 11 de noviembre de la Supervisión, GyM con Asiento de Cuaderno de Obra N° 933 de fecha 21 de noviembre de 2010, indica textualmente lo siguiente:

> ***"Se deja constancia que la causal de la paralización de trabajos en las naves 5 y 6 de los desarenadores, tipificada por LA SUPERVISIÓN (en su Asiento N° 874) como una de "Fuerza Mayor o caso fortuito", no es compartida por EL CONTRATISTA. No obstante ello, se toma nota que dicho Asiento constituye la comprobación fehaciente por parte de la Supervisión del inicio de la causal de paralización por impedimento de continuidad de las obras programadas para las naves 5 y 6 de los desarenadores, debido a la existencia de interferencia de restos arqueológicos desde el 03 de noviembre de 2010, fecha en la que el propio jefe de proyecto de EGEMSA ratificó la decisión de EGEMSA de paralizar los trabajo en las referidas naves 5 y 6. Es importante mencionar que los referidos restos arqueológicos cuentan con amparo de la ley de Patrimonio Cultural de la Nación y el Código Penal que imponen como obligación el cuidado y la prohibición de dañar los mismo, por lo que tratándose de normas de orden público predominan por sobre cualquier otra instrucción en contra impartida por LA SUPERVISIÓN o por la Entidad, por lo que no es atendible el último párrafo de su Asiento N° 874. En tal sentido, queda claro que esta paralización afectará indefectiblemente la ruta crítica del proyecto (a razón de que la misma se encuentra definida por la construcción de***

78 Ibídem.

79 Folio 205 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

80 Folios 206 y 207 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

los desarenadores) impactando así en el plazo total de ejecución de la obra.

Por lo expuesto además de quedar demostrado que lo estipulado en el numeral 18.3 de la cláusula décimo octava del contrato, es inaplicable se deja expresa constancia del inicio del cómputo de la misma causal de ampliación de plazo formulada con carta N° 432-10 GyM SA 1652/CSM de fecha 24/09/10 (la misma que por los hechos suscitados hasta la fecha, ha quedado reafirmada su procedencia)

Es así que la presente causal de ampliación de plazo se computará, hasta que EGEMSA cumpla con entregar la solución técnica a la interferencia por presencia de restos arqueológicos incas, debidamente formalizada en la correspondiente resolución de cambio de alcances contractuales con cuyo diseño aprobado se procederá a analizar el impacto en tiempo y costo, de manera oportuna.

Finalmente debemos aclarar que el Contratista no tiene por obligación contractual la elaboración y presentación de "Plan de trabajo" alguno, para efectos de comunicar las naves 7 y 8 con las naves 5 y 6 de los desarenadores, ello en vista que lo requerido por la Supervisión en su Asiento 874 representa un cambio de diseño al proyecto contractualmente aprobado y que cuya implementación no se encuentra dentro de nuestro alcance contractual.

Sin embargo, en aras de cooperar con EGEMSA es que se emitió un esbozo (a manera de sugerencia), con carta N° 651-10 GyM SA 1652/CSM la misma que contiene los esquemas GyM 1652-1130-0 para el túnel de acceso entre desarenadores." El subrayado es nuestro.

33. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 970[81] de fecha 28 de noviembre, dejó constancia que debido a las constantes precipitaciones pluviales y al desbroce efectuado, se ha alterado las condiciones de la estabilidad del terreno en el que se ubican los muros incas, generándose reptaciones que ponen en riesgo de colapso a los muros incas existentes sobre el área de las naves 5 y 6 de los futuros desarenadores. Por lo que, solicitan se sirvan informar a EGEMSA para su notificación a las autoridades pertinentes (Instituto Nacional de Cultura) a fin que se dispongan las medidas preventivas que corresponden.

[81] Folio 212 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

34. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1000, GyM dejó constancia de lo siguiente:

> ***"(...) que considerando el tiempo transcurrido y no habiendo recibido ninguna instrucción por parte de la Supervisión respecto a la disponibilidad del terreno para la construcción de la caverna para las naves de desarenadores 5 y 6, y considerando lo indicado el Asiento N° 933 (...) es que informamos a la Supervisión de estar incurriendo en mayores costos directos en razón de estar ejecutando únicamente una de las dos cavernas en forma individual y no las dos en paralelo, tal como está previsto en el Cronograma de ejecución de obra, generando improductividad en los recursos de mano de obra y equipos destinados para dichas labores y por consiguiente mayores costos. (...)".*** El subrayado es nuestro.

35. Que mediante la Carta N° 066-10 GyM S.A.-1652/CSM[82] de fecha 19 de enero de 2011, GyM dejó constancia que sin previo aviso alguno se presentó en el frente Km. 107, el Señor Jorge Guillen quien indicó ser arqueólogo designado por EGEMSA, acompañado de cuatro (4) personas quienes a estando a su cargo para efectuar unos trabajos sobre los muros incas que interfieren con la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107. Asimismo, se indicó que conforme a lo informado por el Sr. Guillen, debe desarrollar durante aproximadamente 12 (doce) días los siguientes trabajos:

    - Muros incas sobre los desarenadores 5 y 6.
    - Retiro de manta verde, que colocamos para proteger los muros.
    - Desbroce y limpieza del área donde se encuentran los muros.
    - Inventariado de las rocas que puedan encontrar

    Se dejó constancia que GyM se exoneró de todo tipo de responsabilidad frente a cualquier evento, incidente o accidente que pudiera ocurrir con los referidos muros incas; se solicitó a EGEMSA a través de la Supervisión, que formalice la presentación del equipo de arqueólogos que ejecutarían los trabajos descritos y que también se les remita los datos del representante del Ministerio de Cultura que se encargaría de monitorear y supervisar las labores referidas.

[82] Folio 253 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

36. Que en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 53[83] de fecha 01 de febrero de 2011, la Supervisión informó de la existencia de dos alternativas de solución a la interferencia de los muros inca con la ejecución de las naves 5 y 6. Ante estas, GyM sostiene que procederá con la evaluación de impacto en costo y plazo.

37. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1314[84] de fecha 04 de febrero de 2011, GyM dejó constancia que en la Reunión sostenida el día miércoles 02 de febrero de 2011 en el sitio de la obra en el frente Km. 107 con presencia de los representantes de EGEMSA, CSM, se determinó modificar el trazo planteado en su carta N° 092-11-GyM S.A. 1652/CSM de fecha 25 de enero de 2011 acordándose la ejecución de un muro de gaviones de mayor longitud y pegado al cerro, dando lugar a una curva horizontal. Señala que el representante de EGEMSA dio instrucciones para que dicho muro de gaviones se ejecute lo antes posible.

38. Que con la Carta N° 203-11 GyM S.A.-1652/CSM[85] de fecha 16 de febrero de 2011, GyM dio cumplimiento a sus compromisos según lo indicado en el punto 6.2.1. de la minuta de Reunión N° 55 de fecha 15 de febrero de 2011 y remitió los Cronogramas de ejecución de las dos alternativas expuestas por el Contratista en la referida Reunión.

39. Que en el punto 6.2.1 de la minuta de Reunión N° 57[86] de fecha 01 de marzo de 2011, EGEMSA comunicó que el expediente de investigación arqueológica se encontraba aprobado y que estaba pendiente de la opinión del área legal del Ministerio de Cultura, la misma que debería estar lista en un período de quince (15) días. Asimismo, señala que se indicó que el día 2 de marzo de 2011 se llevaría a cabo una reunión entre el Contratista y la Supervisión a fin de determinar la elección de la alternativa de solución para la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores.

40. Que con la Carta N° 278-11 GyM S.A.-1652/CSM[87] de fecha 10 de marzo de 2011, GyM refiere que el contratista dio acuse de recibo de su carta N° CSM-GyM 809-JM, respecto de la cual textualmente indicó lo siguiente:

> ***"(...) hasta la fecha no se ha dado respuesta a nuestra carta N° 230-11-GyM S.A-1652/CSM de fecha 22 de Febrero 2011,***

---

83 Folio 260 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

84 Folio 262 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

85 Folio 267 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

86 Folio 287 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

87 Folio 294 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

aclarando las observaciones formuladas por la Supervisión a las dos (02) alternativas de ejecución de las naves 5y6 del desarenador propuestas por el Contratista. Por otro lado, tal y como lo indica el texto de la carta EGE-CSM 114-11 de fecha 01.03.11 (dirigida a la Supervisión), EGEMSA hace referencia a la existencia de una tercera alternativa, la misma que viene siendo desarrollada por la Supervisión y que debe ser conciliada con el Contratista. Al respecto debemos indicar que el Contratista a la fecha aún no ha recibido de la Supervisión dicha tercera alternativa, cuyo concepto y detalles no son de conocimiento de mi representada.

En segundo lugar, desde el 02 de Marzo de 2011, el Contratista ha participado con la Supervisión y el especialista del Proyectista, Bernard Stabel, en sendas reuniones en las cuales se ha vertido diversas opiniones técnicas respecto al tema tratado en la presente carta. Las conclusiones de éstas reuniones e intercambio de opiniones profesionales aún siguen en calidad de opiniones verbales, las mismas que esperamos sean plasmadas en propuestas técnicas desarrolladas por escrito, complementadas con planos de detalle y debidamente "aprobadas para construcción" por la Supervisión y EGEMSA de manera tal que se cumpla con las formalidades del caso y se proceda con la ejecución de la tercera alternativa, de ser el caso que sea la más conveniente, y el análisis de impactos relativo a tiempo y plazo que se den a lugar.

En tercer lugar, es oportuno mencionar que a la fecha no se tiene conocimiento de las medidas que está tomando EGEMSA para efectos de dar el tratamiento que corresponde a los muros incas sobre los desarenadores y las interferencias ocasionadas por los mismos a la correcta ejecución de las obras previstas contractualmente del Km. 107; por lo que es necesario reiterar que al día de la fecha continúa vigente la causal de ampliación de plazo generada por la falta de la Entidad en no proporcionar la solución técnica a la problemática generada por la interferencia con los restos arqueológicos mencionados. "

41. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1406[88] de fecha 11 de marzo de 2011, la Supervisión dejó constancia de los resultados de la

[88] Folio 296 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

Reunión Técnica llevada a cabo el día 03 de marzo de 2011 en compañía de representantes de GyM, la Supervisión y el Ing. Bemhard Stabel, especialista del Proyectista. Afirma que como resultado de esta reunión la Supervisión y el Ing. Stabel concibieron una tercera alternativa a la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores. Se resaltó que la ejecución del afrontonamiento de las naves 5 y 6 sólo se podría realizar una vez que se retiren los muros inca; por otra parte, se indicó que existe la necesidad de excavar la caverna de los desarenadores 5 y 6 y que el Contratista necesitaba un ingreso independiente a la nave de los desarenadores 7 y 8 sin interrupciones. En vista de ello, refiere que la Supervisión ordenó al Contratista la ejecución de los trabajos de limpieza del tramo del túnel existente en sus primeros 30 metros y excavar la rampa de acceso a los desarenadores 5 y 6, indicando que las partidas involucradas en el acceso será pagadas con las contractuales de 02 Bocatoma - Desarenador.

42. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1421[89] de fecha 13 de marzo de 2011, estando dentro del plazo concedido por la cláusula 12.3 del Contrato, GyM refutó las consideraciones por las cuales la Supervisión ordenó el inicio de trabajos adicionales no considerados dentro de los alcances del Contrato y sin contar con resolución previa; por lo que, la orden impartida por la Supervisión contraviene las normas de contratación pública y no será atendida por el Contratista, dejando constancia que la causal de ampliación de plazo por imposibilidad de ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores aún continúa vigente.

43. Que GyM alega que con la Carta N° 295-11[90] GyM S.A.-1652/CSM de fecha 15 de marzo de 2011, remitió el Presupuesto adicional N° 13 denominado "Túnel de acceso al desarenador 5 y 6" para excavación de parte de las naves 5 y 6 del desarenador Km. 107, ante interferencia de los muros incas, conforme a la información proporcionada con la carta N° CSM-GyM 821-JG de fecha 13 de marzo de 2011; es decir, que según la alternativa N° 03 el cual consta de las Generalidades, Descripción de los Trabajos, Sustento de Metrados, Gastos Generales Propios, Presupuesto del Adicional y Afectación en Cronograma de Obra actualizado por el impacto generado por la ejecución del Adicional N° 13.

44. Que de igual manera, mediante la carta N° 295-11 GyM S.A.-1652/CSM[91] de fecha 15 de marzo de 2011, se dejó expresa constancia que la "Alternativa N° 3" representó una solución parcial al problema de la interferencia existente entre la ubicación definida en el Proyecto para la

[89] Folio 301 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

[90] Folio 302 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

[91] Ibídem.

ejecución de las naves 5 y 6 de desarenadores y la pre existencia de restos arqueológicos ubicados en el mismo emplazamiento; por lo que, la causal de ampliación de plazo relativa a la imposibilidad de ejecutar la totalidad de los trabajos en dicho sector, continuará vigente hasta que la Entidad Licitante proporcione la solución definitiva de Ingeniería y/o cumpla con la entrega del terreno a disposición del Contratista libre de interferencias.

45. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1430 [92]de fecha 16 de marzo de 2011, reiteró la vigencia de la causal de ampliación de plazo por imposibilidad de ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores, toda vez que la "Alternativa N° 3" representa una solución parcial al problema de la interferencia existente.

46. Que con el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1436[93] de fecha 18 de marzo de 2011, señala que la Supervisión erróneamente indicó que el Contratista había dado inicio a la ejecución de los trabajos instruidos en el Asiento N° 1406, suspendiéndolos luego y que (en vista que el monto del Presupuesto Adicional N° 13 es mínimo) que consideran que condicionar su ejecución a la emisión de la Resolución de aprobación de la entidad solo tiene el objeto de dilatar el inicio de los trabajos en las naves 5 y 6.

47. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1439[94] de fecha 19 de marzo de 2011, el Contratista dio respuesta al Asiento N° 1436 de la Supervisión en los siguientes términos:

> ***"Dejamos constancia que las afirmaciones vertidas por la Supervisión en su Asiento de la referencia, no se ajustan a las exigencias legales y contractuales, por las siguientes consideraciones:***
>
> ***En primer lugar, La paralización de los trabajos en las naves 7 y 8 de los desarenadores, obedece a que la actividad que está pendiente de ejecución es la de sostenimiento definitivo de la bóveda y hastiales, trabajos que no se pueden ejecutar ya que se encuentra pendiente la aprobación de EGEMSA del presupuesto adicional correspondiente, a través de las formalidades que la ley exige,***
>
> ***El proceso de aprobación oficial se ha venido dilatando ya que el presupuesto presentado con carta N° 144-11-GyM***

92 Folio 338 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

93 Folio 339 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

94 Folio 343 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

S.A.-1652/CSM de fecha 06 de febrero de 2011, fue posteriormente modificado y consolidado a solicitud de la Supervisión, teniendo como resultado la remisión de la carta N° 245-11-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 28 de febrero de 2011, la misma que hasta la fecha no tiene respuesta alguna, en conclusión no es posible continuar con los trabajos en las naves 7 y 8 por consideraciones de seguridad que nos vemos impedidos de empezar a ejecutar por causas imputables a la entidad, en la demora de la emisión de la resolución que apruebe el correspondiente adicional.

Referente a los trabajos por la alternativa 3 sugerida por la Supervisión, no es cierto que el Contratista haya dado inicio a trabajo alguno, únicamente se han llevado a cabo labores preliminares de limpieza de manera tal que la zona de trabajos quede lista para la inmediata ejecución de la alternativa 3 en cuanto el presupuesto adicional N° 13, sea debidamente aprobado con las formalidades que el RLCAE exige.

Es de extrañar que la Supervisión induzca al Contratista a una franca infracción al contrato y las normas de contratación a éste aplicables, toda vez que los trabajos concernientes a la ejecución de la alternativa N° 3 no están previstos en los planos y documentos contractuales y por lo tanto no es factible su ejecución hasta que haya una resolución previa a la ejecución emitida por la Entidad, formalidad que no puede ser obviada así sea que el monto del presupuesto adicional sea "mínimo ", tal y como indican en su Asiento de la referencia..

En cuanto a la última parte de su Asiento, debemos recordar que no se encuentra dentro de las obligaciones del Contratista, proporcionar soluciones a los errores del expediente técnico ofertado por EGEMSA y que cualquier tipo de modificación o corrección al mismo se encuentra a cargo de EGEMSA, su proyectista y de ser el caso su Supervisión a quienes les corresponde a preparación, sustentación, y presentación de modificaciones al proyecto, mientras que al contratista únicamente le corresponde presentar su presupuesto adicional en función a la información entregada para tales fines, luego de lo cual es obligación de la Supervisión elaborar el correspondiente expediente e informe ante EGEMSA para que esta en sujeción a las normas de contratación estatal

proceda con la aprobación mediante la emisión de resolución, en tal sentido, es cierto que han pasado 45 días durante los cuales seguimos esperando que cada parte asuma las responsabilidades que le corresponden en pro de la obra, que viene experimentando retrasos en los cuales el Contratista se ve impedido de cumplir con sus prestaciones dentro del plazo que contractual por causas imputables a la entidad.

En conclusión, la "instrucción" de la Supervisión es nula, por contravenir una norma de orden público y en tal sentido en atención al principio de libertad recogido por la propia constitución de la República, no estamos obligados a hacer lo que la ley no manda, ni impedidos de hacer lo que ésta no prohíba. En tal sentido, la reiteración de una invocación a infringir las normas de contratación públicas puede ser desatendida por El Contratista, sin perjuicio de los impactos en plazo y costo que la actual situación conlleve."

48. Que, en el punto 6.1.1 de la minuta de Reunión N° 60[95] de fecha 22 de marzo de 2011, EGEMSA indicó que seguía a la espera de la aprobación del expediente de investigación arqueológica y en el punto 6.1.4 solicitó que se agilice la presentación del expediente de ampliación de plazo para la ejecución del túnel de acceso a las naves 5 y 6. En el punto 6.1.1 de la minuta de Reunión N° 61 de fecha 29 de marzo de 2011, EGEMSA indicó que seguía a la espera de la aprobación del expediente de investigación arqueológica.

49. Que mediante el Asiento de Cuaderno de Obra N° 1550[96] de fecha 11 de abril de 2011, GyM dejó constancia de la presentación de la novena ampliación de plazo y la primera solicitud de ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles EGEMSA según el siguiente tenor:

"Conforme a lo indicado en su carta N° CSM-GyM873-DC, el día 30 de marzo de 2011 se ha producido el hecho físico que da lugar al contacto con el hastial derecho del desarenador 6 que está ubicado 0.30 m más adelante de la tercera cimbra y a 4.90 m por el hastial derecho, alineamiento donde termina la excavación del túnel de acceso a desarenadores 5 y 6.

95 Folio 346 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

96 Folio 352 de la Ampliación de Plazo N° 09 presentada como Anexo 4-H de la demanda.

A partir de este hito es que se da lugar a la posibilidad física de la ejecución de parte de los trabajos contractuales, correspondientes a la excavación de las naves N° 5 y 6 de los desarenadores, permitiendo con ello que la paralización de los trabajos en estas naves se resuelva de manera parcial, quedando aún pendiente de solución la interferencia en las progresivas 00+12.50 a 0+020.00 de las referidas naves, toda vez que aún se persiste la existencia de la interferencia de los muros inca, los cuales no fueron señalados en el expediente técnico del Contrato de Obra N" 009-2009.

Por lo expuesto, y en vista de que esta interferencia constituye una causal de ampliación de plazo que no tiene fecha próxima de solución, , al amparo de los términos del artículo 259 del RLCAE, El Contratista solicita una primera ampliación de plazo parcial por atrasos en el cumplimiento de las prestaciones del Contratista por causas atribuibles EGEMSA, por la paralización total de la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadores en el frente Km. 107.

En tal sentido, procederemos a presentar dentro del plazo legal, nuestro expediente de solicitud de ampliación de plazo parcial."

50. Que EGEMSA mediante la Resolución de Gerencia General N° 38-2011[97] del 28 de abril de 2011, rechazó la solicitud de ampliación de Plazo.

61. Que este Tribunal Arbitral al analizar la pretensión precedente ha dejado claramente establecido que era de responsabilidad de EGEMSA elaborar la ingeniería básica y entregar a GyM el Expediente Técnico completo de la Obra, de conformidad con lo dispuesto en artículo 6 del TUO.

62. Que a la Ampliación bajo análisis le es aplicable también todo lo afirmado por este Tribunal respecto de la aplicación del artículo 42° del TUO.

63. Que a la presente Ampliación le es de aplicación el artículo 211° del Reglamento que regula la responsabilidad de la entidad en las modificaciones y aprobaciones de los proyectos, estudios, entre otros, de la siguiente manera:

97 Anexo 2-Q'

"Artículo N° 211: Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos. La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del Contratista."

64. Que en virtud del citado artículo, este Tribunal Arbitral entiende que EGEMSA era la responsable del cambio de diseño ante el descubrimiento de los muros Inca, así como de obtener las necesarias autorizaciones del INC.

65. Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258° del Reglamento, del análisis de las pruebas citadas, este Tribunal Arbitral ha formado convicción que la existencia de causas no imputables a GyM imposibilitaron la ejecución de las naves 5 y 6 de los desarenadofres en el Frente del Km. 107.

66. Que se ha apreciado que GyM presentó la ampliación de Plazo N° 09 cumpliendo con los requisitos del artículo 259° del Reglamento, que a letra dice:

"Artículo N° 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."

67. Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 260° del Reglamento corresponde otorgar a GyM la Ampliación de Plazo N° 09 por cuatrocientos doce (412) días calendario.

> ***"Artículo N° 260: Efectos de la Modificación del Plazo Contractual***
>
> ***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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados."***

Que por lo tanto, corresponde otorgar a GyM la Ampliación de Plazo N° 8 solicitada por cuatrocientos doce (412) días calendarios, debiendo el Tribunal Arbitral **DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

X. LOS MAYORES GASTOS GENERALES SOLICITADOS

El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que con este punto están relacionadas las pretensiones accesorias a la Primera y a la Segunda Pretensión de la demanda; y que respecto de ellas se tienen en cuenta los argumentos de los hechos expuestos por ambas partes, debidamente detallados en la parte II del "Proceso Arbitral" del presente laudo.

Adicionalmente, este Tribunal Arbitral señala que las partes, a lo largo del proceso, han dejado claramente establecido que las Ampliaciones de Plazo N°s 8 y 9 se traslapan, de tal modo, que la última de ellas engloba a la primera. Como la Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal se refiere a la solicitud de Mayores Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 8 y la Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal se refiere a la solicitud de Mayores Gastos Generales por la Ampliación de Plazo N° 9, de corresponderle a GyM que se le otorgasen dichos gastos, por el traslape de Ampliaciones existentes, sólo correspondería que se le otorguen los correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 9. Siendo esto así, el Tribunal Arbitral considera que **NO HA LUGAR** a efectuar pronunciamiento alguno respecto de la Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal al haber quedado subsumida por la Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal.

Después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto al Punto Controvertido N° 4, referido a determinar si

corresponde ordenar a la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. pagar a GyM S.A. el valor de los Mayores Gastos Generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 9, que ascendería a la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez millones novecientos catorce mil doscientos trece y 72/100 dólares de los Estados Unidos de América), más IGV y más los correspondientes intereses.

Posición de GyM:

1. Que, GyM refiere que vista su sustentación legal y amparada en el marco legal y contractual correspondiente, les corresponde la aplicación de la fórmula del gasto general diario, establecida en los artículos 260° y 261°; y que si bien el presupuesto Adicional y Deductivo N° 03 cuenta con sus propios gastos generales, éstos son distintos a los de la obra en general, motivo por el cual solo cubren la ejecución de los trabajos de la nueva tubería forzada y del pique inclinado, teniendo en cuenta su duración dentro del período asignado para su ejecución dentro del cronograma de avance contractual de fecha 19 de enero de 2010.

2. Que, no obstante ello, GyM señala que se puede apreciar que al modificarse el inicio de las actividades, si bien un tramo de éstas se encuentran dentro del plazo de ejecución contractual observado en el cronograma de fecha 19 de enero de 2010 -y por lo tanto el propio gasto general del adicional los sustenta- existe un período de tiempo que se prorroga más allá del plazo contractual previsto en el cronograma vigente, por lo que en éste punto si bien los gastos generales del propio adicional lo cubren, no cubrirán el resto de actividades que a consecuencia de su aprobación se deberán prolongar también en el tiempo, las mismas que siguen siendo contractuales y que por lo tanto se encuentran dentro de la aplicación del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento.

3. Que GyM ha dejado constancia que el reclamo de los mayores gastos generales no constituye una duplicidad de reconocimiento de derechos a favor de ella; y por lo tanto, no es un doble cobro por parte suya.

4. Que al efectuar GyM el cálculo del Gasto General Diario, éste asciende a la suma de USD $ 26,490.81 (Veintiséis Mil Cuatrocientos Noventa con 81/100 Dólares Americanos), los cuales se obtienen del siguiente detalle:

Cálculo de Gasto General Diario (FGGD)

Descripción	Unidad	Total
Monto Total Gastos Generales Obra Civil (a)	$	14'800,938.91
Monto Total Gastos Generales Obra Electromecánica (b)	$	9'438,156.25
Monto Total GG Civil y Electromecánica (c=a+b)	$	24'239,095.16
Plazo de Ejecución (d)	Días	915

Gasto General Diario (f=c/d) $/día 26,490.80

Referencia carta 708-10-GyM S.A.-1652/CSM de fecha 27.11.10

Posición de EGEMSA

1. Que según el artículo 261° del Reglamento, en el caso de los contratos pactados a precios unitarios el gasto general diario se calcula a partir de los gastos generales variables ofertados; y que sin embargo, GyM ha considerado en su cálculo también los gastos generales fijos.

2. Que en la Propuesta Económica de GyM el total de Gastos Generales Variables ascienden a US$ 12'134,510.22 (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos) (26.85% CD) mientras que el total de Gastos Generales Fijos ascienden a US$ 2'666,428.69 (Dos millones seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos veintiocho y 69/100 Dólares Americanos) (5.90% CD).

Descripción	Costo Directo	Gastos Generales Fijos (5.90% CD)	Gastos Generales Variables (26.85% CD)	Utilidad (21.02% CD)	Total en US$
Segunda Fase de Rehabilitación Central Hidroeléctrica Machupicchu					
Obras Civiles					
Trabajos Provisionales y Preliminares	6,363,968.30	375,474.13	1,708,725.48	1,337,699.99	3,421,892.71
Bocatoma-Desarenador	9,127,877.12	538,344.75	2,450,835.01	1,919,988.57	4,908,049.43
Tunel de Conexión	323,956.04	19,113.52	86,982.73	68,095.52	174,191.87
Tunel de Aducción	5,503,862.70	324,727.90	1,477,787.13	1,156,905.85	2,959,420.88
Cámara de Carga	2,501,840.76	155,506.60	696,594.24	545,904.05	1,398,008.89
Conducción Forzada	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
Casa de Máquinas	4,722,537.41	278,629.71	1,268,001.29	992,672.14	2,539,303.14
Galería de Descarga	2,567,684.35	151,495.36	689,423.25	539,724.41	1,380,641.04
Galería a Subestación en caverna	410,273.17	24,206.12	110,158.35	86,238.97	220,603.44
Galería de ingreso a Casa de Máquinas	1,725,721.31	101,817.59	463,356.17	362,744.71	927,918.44
Galería de emergencia - Nivel 1701.20	126,101.24	7,439.87	33,858.18	26,506.34	67,804.49
Subestación en caverna	910,256.60	53,705.14	244,403.90	191,334.93	489,443.97
Encauzamiento Aobamba	996,353.48	58,784.86	267,820.91	209,432.40	535,738.17
Galería de Cables	349,722.24	20,633.61	93,900.42	73,511.23	188,045.26
Patio de Llaves	42,049.48	2,480.92	11,290.28	8,838.75	22,609.95
Instalaciones exteriores para suministro de agua al sistema de refrigeración - Obras Civiles	517,539.22	30,534.81	138,956.29	108,786.15	278,280.25
Fletes Ollantaytambo - Obra (incluido en todos los anteriores rubros)	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
SUB TOTAL DE OBRAS CIVILES	45,193,706.58	2,666,428.69	12,134,510.22	9,499,667.39	59,494,312.58

3. Que de acuerdo a lo establecido en el Reglamento, GyM debía calcular el gasto general diario considerando únicamente los US$ 12'134,510.22 (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos) correspondientes al Gasto General Variable; sin embargo, de la lectura de las páginas 136 y 137 de la demanda se advierte que en realidad GyM ha considerado US$ 14'800,929.91. Es decir, la suma de los gastos generales variables ascendentes a US$ 12'134,510.22 (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos) más los gastos generales fijos correspondientes a US$ 2'666,428.69 (Dos millones seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos veintiocho y 69/100 Dólares Americanos).

4. Que de este modo, para EGEMSA queda demostrado que GyM ha errado en el cálculo del gasto general diario.

5. Que por otro lado, GyM no ha tomado en cuenta lo establecido en el artículo 259° del Reglamento, según el cual únicamente deben considerarse las partidas afectadas por la ampliación de plazo.

6. Que en este caso, el pedido de ampliación solo se refiere a la partida del "Desarenador" del Km. 107, la cual que forma parte de las "Obras Civiles".

7. Que por ello, sólo debían considerarse los Gastos Generales Variables correspondientes a las Obras Civiles; sin embargo, GyM ha considerado también las Obras Electromecánicas, lo que constituye –desde el punto de vista de EGEMSA- un nuevo error en el cálculo del monto reclamado.

8. Que de esta manera, señala EGEMSA, queda demostrado que GyM ha cometido errores de cálculo que invalidan y elevan el monto solicitado en su demanda.

Posición y considerandos en mayoría de los árbitros doctor Alberto José Montezuma Chirinos – Presidente del Tribunal Arbitral- y doctor Gabriel Emilio Saba Saba – Arbitro- respecto de la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal

9. G y M S.A. ha solicitado, como Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, el pago de mayores gastos generales derivados de la ampliación plazo indicada en la Segunda Pretensión Principal, que ascienden a la suma de US$ 10,914,213.72 (Diez Millones Novecientos Catorce Mil Doscientos Trece y 72/100 Dólares de los Estados Unidos de América) más IGV.

10. El demandante sustenta el cálculo de sus mayores gastos generales en virtud a lo establecido en los Artículos 260°[98] y 261°[99] del Reglamento de la

[98] **Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual**
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 caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal.

[99] **Artículo 261.- Cálculo de Mayores Gastos Generales**
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.
En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra del presupuesto referencial multiplicado por el factor de relación entre el número de días del plazo contractual afectado por el

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S.084-2004-PCM, que establecen la determinación y aplicación del gasto general diario como regla general.

11. Así, conforme al Artículo 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 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.

12. La norma en mención no distingue entre los gastos generales fijos o variables, por lo que son los gastos generales como concepto total los que deben ser utilizados en el cálculo.

13. En ese sentido los árbitros que suscriben en mayoría concluyen, conforme a lo expresamente declarado en las normas indicadas, que está más allá de cualquier duda que en caso de atrasos por hechos atribuibles a la Entidad procede la aplicación del gasto general diario de conformidad con el procedimiento de cálculo presentado por el Contratista en su demanda y en su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 9.

14. Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente señalar la manifestación de EGEMSA a fin de oponerse al pago de mayores gastos generales en beneficio del Contratista, en el sentido que éstos no proceden en tanto se habría utilizado, para su cálculo, un calendario de obra que no es el vigente. La distinción que plantea EGEMSA entre los cronogramas consideramos que no tiene incidencia para efectos de determinar el gasto general diario, ya que los componentes de la fórmula para establecer aquél, en un contrato a precios unitarios como es el que nos ocupa, determinan utilizar el plazo original, es decir el ofertado, sin tomar en cuenta extensiones o modificaciones posteriores.

15. Es preciso señalar también, que EGEMSA ha expresado en su oposición al cálculo de gastos generales realizado por el Contratista, que teniendo en cuenta lo señalado conjuntamente por el Artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como lo establecido en el Artículo 260° del mismo cuerpo legal, se debe concluir

---

coeficiente de reajuste Ip/Io", en donde "Ip" es el Indice 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.
En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los gastos generales se recalcularán conforme a lo establecido en los párrafos precedentes.
En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución.

que el gasto general deberá pagarse únicamente en función a las partidas afectadas.

16. Es el caso que lo dicho por EGEMSA, antes referido, carece de base legal, ya que las indicadas normas son explícitas en cuanto a la determinación del gasto general diario, que comprende no sólo las partidas afectadas, sino todos los gastos generales relacionados con el tiempo de ejecución de la obra; esto último en el caso de autos es por demás legal y lógico.

17. Por tanto no es posible admitir la posición de EGEMSA respecto a que sólo deberían utilizarse, para efectos de la determinación de los mayores gastos generales, los de las partidas afectadas.

18. Es también relevante a este asunto el hecho que EGEMSA no ha presentado cálculo alguno que demuestre sustentadamente el monto que determinaría la forma de proceder de acuerdo a su interpretación, motivo por el cual sus argumentos carecen de demostración que permita aplicar el concepto que solicitan sea aplicable al presente caso.

19. Por las mismas razones que las indicadas en el punto precedente somos de la opinión de rechazar la posición de EGEMSA, consistente en señalar que únicamente deben tomarse en cuenta los gastos generales de las obras de construcción, siendo que el Contratista ha utilizado los gastos generales (partidas) de las Obras Civiles y de las Obras Electromecánicas (e Hidro-Electro-Mecánicas). Nuevamente debe constatarse que la norma no realiza la distinción que efectúa EGEMSA y que expresa en sus escritos, la que por lo demás no es razonable ni legal considerando que una ampliación de plazo total del proyecto afecta en sí la ejecución del mismo de manera integral. Así los artículos antes mencionados no distinguen ni obligan a distinguir entre costo indirecto de obras civiles y costos indirectos de obras electromecánicas razón por la que dichos costos deben ser tomados en cuenta en su totalidad (sumatoria) para obtener el gasto general diario materia de autos. Esta información no es ajena al conocimiento de EGEMSA, ya que corre en el expediente como medio probatorio el Desgloce de Gastos Generales de Obras Civiles, lo que incluye los Costos Indirectos de Obras Civiles y los Costos Indirectos de Obras Electromecánicas, el cual fue remitido adjunto a la carta N° 071-10-GyMS.A.-1652/CSM del 16 de marzo de 2010. En dicho documento se destaca que la referencia a los costos indirectos que trata el numeral 31 del Anexo I - Anexo de Definiciones que señala literalmente lo antes expresado.[100]

100 **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.

20. Adicionalmente a lo expuesto es pertinente señalar también, EGEMSA en su Contestación a la Demanda no ha cuestionado el desglose de los gastos generales para el Equipamiento Electromecánico e Hidromecánico.

21. Sin perjuicio de que EGEMSA no ha cuestionado dicho desglose, los árbitros que suscriben ha constatado, que la forma de presentación de los gastos generales, para efectos del Concurso Público que originó el Contrato de Obra, fue establecido por la propia Entidad, de acuerdo al Numeral 1.5 de las Bases Integrados (Valor Referencial) y al Formato FE-07 de las mismas Bases Integradas (Presupuesto Detallado – Parte B – Términos de Referencia).

22. Por lo antes indicado la forma de presentación de las ofertas (en lo que se refiere a los gastos generales), definida por la propia EGEMSA, no puede perjudicar el derecho del Contratista a ser remunerado específicamente por los gastos generales conforme a las normas contenidas en los Artículos 260° y 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

23. A mayor abundamiento se advierte que los gastos generales detallados por GyM S.A. en su demanda, son los mismos que los presentados en el expediente de su Ampliación de Plazo N° 9, demostrando así la consistencia de su posición.

24. De lo que se desprende que el cálculo siguiente es el aplicable al presente caso:

Descripción		**Total**
Monto Total Gastos Generales Obra Civil (a)	$	14'800,938.91
Monto Total Gastos Generales Obra Electromecánica (b)	$	9'438,156.25
Monto Total GG Civil y Electromecánica (c=a+b)	$	24'239,095.16
Plazo de Ejecución (d)	**Días**	**915**
Gasto General Diario (f=c/d)	$/día	**26,490.80**

25. En consecuencia la suma de US$ 26,490.80 de gasto general diario calculado líneas arriba debe multiplicarse por los días de ampliación de plazo otorgados que ascienden a 412 días de la Ampliación de Plazo N° 9, totalizando la suma de US$ 10'914,213.72 (Diez Millones novecientos catorce mil doscientos trece dólares con setenta y dos centavos de dólar, moneda de los Estado Unidos de América).

26. Por las consideraciones antes indicadas, habiendo comprobado los árbitros que suscriben el presente voto en mayoría, que el cálculo de los mayores gastos realizado por GyM S.A. se ha efectuado conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y ya habiendo sido declarada fundada la Segunda Pretensión Principal, es

que se concluye que la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda también debe ser declarada fundada.

27. En cuanto al pago de los intereses solicitados por GyM S.A., como parte de la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, debemos señalar al igual que lo expresado por la señora Arbitro en minoría, que estamos frente a un caso de interés moratorio en una obligación de dar una suma de dinero que debía –como efectivamente ha sido- ser determinada mediante un laudo arbitral.

28. Que en este sentido, en aplicación concordante del artículo 1334°[101] del Código Civil y de la Disposición Octava Complementaria[102] del Decreto Legislativo N° 1071, se deben los intereses moratorios desde la recepción de la solicitud por parte de EGEMSA de someter esta controversia a arbitraje. En este caso, se aplicará el interés legal al no haberse pactado un interés moratorio convencional para esta clase de supuesto.

Posición y considerandos en minoría del árbitro doctora Elvira Martinez Coco respecto a la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal:

10. Que la Modalidad establecida en el Contrato fue la de Llave en Mano.

11. Que el Sistema de Contratación fijado en el punto 1.7 de las Bases Integradas[103] establece que:

> ***"(...) el presente proceso se rige por el <u>sistema de Precios Unitarios</u>, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo".*** El subrayado es nuestro.

12. Que el artículo 260° del Reglamento establece que:

> ***"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales <u>iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario</u>, salvo en los***

---

101 **<u>Artículo 1334</u>**.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. (...).

102 **<u>OCTAVA. Mora y resolución de contrato</u>**. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

103 Datos obtenidos del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.

casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos. (...)." El subrayado es nuestro.

13. Que el artículo 261° del Reglamento dispone la siguiente manera en la que debe efectuarse el cálculo de los Mayores Gastos Generales:

> ***"(...) 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."*** El subrayado es nuestro.

14. Que utilizando una interpretación sistemática tiene que entenderse que el artículo 261° señala que el cálculo del gasto general diario se realiza dividiendo el gasto general variable entre el número de días del plazo contractual, esto debido a que la definición que el propio Reglamento da del gasto general variable es la misma que consigna en el artículo 261°:

> ***"Anexo I***
>
> ***DEFINICIONES***
>
> 15. ***Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de LA OBRA y por lo tanto pueden Incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo de EL CONTRATISTA."***

16. Que en el Punto 1.12 de la Bases Integradas[104] se establece el Plazo de ejecución de la obra en 30 meses equivalente a 915 días.

17. Que la posición de EGEMSA al respecto es la de la aplicación de los precios unitarios para las Obras Civiles y la de precios globales para las Obras Electromecánicas.

> ***"En relación a estos montos debemos señalar de acuerdo a la cláusula segunda del Contrato, para las Obras Civiles se aplicaría una tarifa de precios unitarios, mientras que***

[104] Datos obtenidos del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.

para las Obras Electromecánicas se aplicarían precios globales, de conformidad a las especificaciones técnicas de las Bases Integradas." El subrayado es nuestro.

18. Que en el Contrato[105], al igual que en la Proforma del Contrato consignada en las Bases Integradas[106] se entiende que los Precios Unitarios y Globales contratados, son los Precios Unitarios del Contratista consignados en el **Presupuesto Contratado**, de cuya aplicación sobre el Metrado Base resulta el monto del Contrato. Los precios globales son aquellos que, por las condiciones específicas de la obra, no son desagregados en partidas específicas distintas

"PROFORMA DE CONTRATO

CLÁUSULA SEGUNDA: DEFINICIONES

Precios Unitarios y Globales contratados: Precios Unitarios de EL CONTRATISTA consignados en el presupuesto contratado, de cuya aplicación sobre el Metrado Base resulta el monto del Contrato. Los precios globales son aquellos que, por las condiciones específicas de la obra, no son desagregados en partidas específicas distintas. Los precios globales son aquellos que, por las condiciones específicas de LA OBRA, no son desagregados en partidas específicas distintas. Para las Obras Civiles se aplicará los Precios Unitarios y para las Obras Electromecánicas se aplicara los Precios Globales de conformidad a las especificaciones técnicas de las Bases Integradas.

Presupuesto contratado: Es el presupuesto de EL CONTRATISTA que resulta al aplicar sus Precios Unitarios al Metrado Base más los precios globales para determinar el monto de la propuesta.

El monto de la propuesta es igual que el monto del Contrato e incluye en forma desagregada el costo directo, el porcentaje de gastos generales fijos y variables, de utilidades y el monto de los tributos vigentes, para la ejecución de obras civiles. También incluye el diseño, suministro, transporte, montaje, pruebas, documentación requerida por el COES para el ingreso en operación

105 Anexo 4-A de la demanda.

106 Datos obtenidos del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.

experimental, puesta en servicio, gastos de importación y utilidades y gastos generales." El subrayado es nuestro.

19. Que en el Presupuesto de las Bases Integradas[107] se establece en lo referente al Equipamiento Hidromecánico y Equipamiento Electromecánico que el Sub Total incluye Gastos Generales y Utilidad.

20. Que las Bases Integradas[108] establecen que la Contratista presentaría en su Sobre el Formato FE-07 referido al Presupuesto Detallado, el mismo que sería presentado de la siguiente manera:

    "(...) detallada por partidas y aplicando sobre los metrados considerados el Expediente Técnico; se indicará el monto por separado los Gastos Generales variables y Gastos Generales Fijos, así como la utilidad y el porcentaje que corresponde respecto al costo directo. Luego de la Suma del Costo directo, gastos generales y utilidad, se indicará el Sub total, el cual se le aplicará el Impuesto General a las Ventas equivalente al 19% del Sub Total Anterior y finalmente indicará el total de la propuesta." El subrayado es nuestro.

21. Que para aplicar la fórmula consignada en el artículo 261° del Reglamento es necesario conocer el monto de los gastos generales variables ofertados por GyM.

22. Que en el Formato FE-07[109] presentado por GyM en su oportunidad, se aprecia que el monto de los gastos generales asciende a US$ 14'800,938.91, de los cuales US$ 12'134,510.22 (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos) corresponden a los gastos generales variables y US $ 2'666,428.69 (Dos millones seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos veintiocho y 69/100 Dólares Americanos) corresponden a los gastos generales fijos, tal como puede apreciarse en el escaneado del mencionado Formato que a continuación muestra el Tribunal Arbitral.

---

107 Datos obtenidos del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.

108 Ibídem.

109 Adjunto al escrito 20 de GyM.

FORMATO FE-07

RESUMEN DEL PRESUPUESTO GENERAL DE OBRAS

Proyecto: ESTUDIO DEFINITIVO SEGUNDA FASE DE REHABILITACION CENTRAL HIDROELÉCTRICA MACHU PICCHU

Item	Descripción				Presupuesto U.S. $
	PRESUPUESTO DE OBRAS				124,950,518.50
	Obras Civiles				89,494,312.58
	Trabajos Provisionales y Preliminares			[illegible]	
	Bocatoma-Desarenador			[illegible]	
	Tunel de Conexión			[illegible]	
	Tunel de Aducción			[illegible]	
	Cámara de carga			[illegible]	
	Conducto Forzado			[illegible]	
	Casa de Maquinas			[illegible]	
	Galería de Descarga			[illegible]	
	Galería a Subestación en caverna			410,273.17	
	Galería de ingreso a Casa de Maquinas			1,739,731.31	
	Galería de emergencia - Nivel 1701.20			[illegible]	
	Subestación en caverna			[illegible]	
	Encauzamiento Actuantes			[illegible]	
	Galería de cables			349,722.24	
	Patio de llaves			42,049.48	
	Instalaciones exteriores para suministro de agua al sistema de refrigeración - Obras Civ			517,539.22	
	Fletes Cilantayambo - Obra (incluido en todos los anteriores rubros)			0.00	
	Costo Directo			43,193,708.58	
	Gastos Generales de Obras Civiles	Pipa	3.00%	[illegible]	
		Vehículos	20.00%	12,134,810.22	
	Utilidades de Obras civiles			[illegible]	
	SUB TOTAL 1 (Inc. Gats Gris + Utilidad)			89,494,312.58	
	Equipamiento Hidromecánico				3,074,282.89
	Hidromecánicos - Compuertas y ataguías			[illegible]	
	SUB TOTAL 2 (Inc. Gats Gris + Utilidad)			3,074,282.89	
	Equipamiento Electromecánico				52,381,853.03
	Electromecánicos			[illegible]	
	Sistema contra incendio			[illegible]	
	Sistema de Refrigeración			1,494,641.83	
	Sistema de Aire comprimido			839,833.18	
	SUB TOTAL 3 (Inc. Gats Gris + Utilidad)			52,381,853.03	
	SUB TOTAL				124,950,518.50
	IMPUESTO GENERAL A LA 19.0%				23,740,598.52
	TOTAL GENERAL (INC. I.G.V.)			U.S.$	148,691,117.02

23. Que EGEMSA señala que:

> ***"Teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 259° del Reglamento, y de su revisión conjunta con el artículo 260° del mismo cuerpo legal, es razonable concluir que cualquier gasto general que se deba pagar en el negado caso que se otorgue la Ampliación de Plazo, y se considere que la misma no debe ser sustentada, <u>deberá ser únicamente en función a las partidas afectadas</u>. Esto no se deriva únicamente de una interpretación sistemática del Reglamento, pero además del más elemental sentido de justicia y equidad."*** El subrayado es nuestro.

24. Que de lo establecido en los artículos 260° y 261° del Reglamento, se concluye que las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de los *mayores gastos generales <u>iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario.</u>*

25. Que atendiendo a lo dispuesto en el mencionado artículo, este Tribunal Arbitral concluye que la precisión efectuada por EGEMSA respecto a que cualquier gasto general que se deba pagar *<u>"en el negado caso que se le</u>*

otorgue la Ampliación de Plazo deberá ser únicamente en función a las partidas afectadas", no se encuentra comprendida en el artículo citado del Reglamento"

26. Que por lo tanto, en aplicación del artículo 261°, tratándose de un Sistema de Contratación a Precios Unitarios, el gasto general diario se calcula, dividiendo el Gasto General Variable, entre el número de días del plazo de ejecución de la Obra, ajustados por el coeficiente "Ip/Io".

27. Que de los cálculos de los mayores gastos generales reclamados por GyM se aprecia que no fue solicitada la actualización, por lo que con los datos que se cuenta se tiene la información suficiente para la determinación de los mayores gastos generales.

28. Que este Tribunal Arbitral ha otorgado la ampliación de Plazo N° 09 por 412 días.

29. Que en este caso, para calcular el gasto general diario hay que dividir el Gasto General Variable fijado por GyM en el Formato FE-07 en US$ 12'134,510.22 (Doce millones ciento treinta y cuatro mil quinientos diez y 22/100 Dólares Americanos), entre el número de días del plazo contractual (915 días), lo que da un gasto general diario de US$ 13,261.75 (Trece mil doscientos sesenta y uno y 75/100 Dólares Americanos).

30. Que el monto del gasto general diario establecido en US$ 13,261.75 (Trece mil doscientos sesenta y uno y 75/100 Dólares Americanos) debe multiplicarse por los 412 días de la Ampliación de Plazo N° 09 otorgada, de tal manera que corresponde que el Tribunal ordene que EGEMSA pague a GyM la suma US$ 5'463,841.00 (Cinco millones cuatrocientos sesenta y tres mil ochocientos cuarenta y uno y 00/100 Dólares Americanos) de por los Mayores gastos Generales que corresponden a la mencionada Ampliación.

31. Que adicionalmente, el Tribunal deberá ordenar que a esta suma se le adicione el IGV ascendente a US$ 983,491.38 (Novecientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y uno y 38/100 Dólares Americanos) porque en el Formato FE-O/ se aprecia que el monto del gasto general variable ofertado no comprendía el IGV, el que estaba detallado en un rubro aparte.

32. Que adicionalmente, GyM ha solicitado los intereses que corresponderían a este monto. En relación a este punto es claro para el Tribunal Arbitral que estamos frente a un caso de interés moratorio en una obligación de dar una suma de dinero que debía –como efectivamente ha sido- ser determinada mediante un laudo arbitral.

33. Que en este sentido, en aplicación concordante del artículo 1334° del Código Civil y de la Disposición Octava Complementaria del Decreto

Legislativo N° 1071, se deben los intereses moratorios desde la recepción de la solicitud por parte de EGEMSA de someter esta controversia a arbitraje. En este caso, el interés legal al no haberse pactado un interés moratorio convencional para esta clase de supuesto.

> ***"CÓDIGO CIVIL.-***
>
> ***Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda. (...).***
>
> ***DECRETO LEGISLATIVO N° 1071***
>
> ***DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS***
>
> ***OCTAVA. Mora y resolución de contrato.***
> ***Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."***

XI. RESPECTO AL PAGO DE LOS GASTOS DEL ARBITRAJE Y LAS COSTAS Y COSTOS

1. Que después de analizar los argumentos de ambas partes, así como la prueba actuada a lo largo de este proceso, el Tribunal Arbitral realiza el siguiente análisis respecto de cuál de las partes debe asumir los gastos que demande el arbitraje, incluyendo los honorarios arbitrales, honorarios de la secretaría arbitral y los costos de la asesoría técnica y legal.

2. Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 73° de la LA corresponde en este punto que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la asunción o distribución de costos, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

3. Que así tenemos que el artículo 73° de la LA dispone que:

> ***"1. El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que***

el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. (...)".

4. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70° de la LA los costos incluyen, pero no se limitan, a los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y el secretario, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

5. Que el convenio arbitral no ha previsto nada relacionado a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

6. Que en este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la desarrollo del proceso que ambas partes, han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.

7. Que teniendo en cuenta este hecho, el Tribunal Arbitral es de la opinión que ambas partes tuvieron fundadas razones para litigar, por lo que cada unas de ellas debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido.

8. Que por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y honorarios de la Secretaría Arbitral) que deben ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales.

9. Que sin embargo, El Tribunal Arbitral deja constancia que habiendo sido informado por la Secretaría Arbitral que GyM asumió el pago de los honorarios arbitrales y los gastos administrativos del Centro que le correspondían a EGEMSA, debe ordenar que esta última le devuelva a GyM los pagos que por ella asumió.

10. Que siendo ello así, EGEMSA debe reembolsar a GyM la suma de S/ 269,658.95 (Doscientos sesenta y nueve mil seiscientos cincuenta y ocho y 95/100 Nuevos Soles), correspondiendo de este monto S/. 224,750.39 (Doscientos veinticuatro mil setecientos cincuenta y 39/100 Nuevos Soles) a los honorarios de todos los miembros del Tribunal Arbitral y S/.44,908.56 (Cuarenta y cuatro mil novecientos ocho y 56/100 Nuevos Soles) a los honorarios de la Secretaría Arbitral.

XII. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37° de la Ley y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados a partir del Punto III de este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LGA y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO,**

LAUDA POR UNANIMIDAD:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la excepción de litispendencia formulada por la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu – EGEMSA.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Principal N° 1 de la demanda; y, por consiguiente **OTORGAR** a GyM S.A. la Ampliación de Plazo N° 8 por doscientos doce (212) días calendario.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Pretensión Principal N° 2 de la demanda; y, por consiguiente **OTORGAR** a GyM S.A. la Ampliación de Plazo N° 9 por cuatrocientos doce (412) días calendarios.

CUARTO: DECLARAR NO HA LUGAR A PRONUNCIAMIENTO SOBRE la Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal al haber quedado subsumida por la Pretensión Accesoria de la Segunda Pretensión Principal.

QUINTO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 449,500.78 (Cuatrocientos cuarenta y nueve mil quinientos y 78/100 Nuevos Soles) netos y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/. 89,817.12 (Ochenta y nueve mil ochocientos diecisiete y 12/100 Nuevos Soles) netos.

SÉXTO: DECLARAR que cada una de las partes asumirá el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los honorarios de la Secretaría Arbitral; debiendo cada una de las partes cubrir sus propios gastos del arbitraje. En consecuencia, **ORDENAR** que la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu – EGEMSA pague a GyM S.A. Contratistas Generales, la suma de S/ 269,658.95 (Doscientos sesenta y nueve mil seiscientos

cincuenta y ocho y 95/100 Nuevos Soles) correspondientes a los honorarios del Tribunal Arbitral y a los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que GyM S.A. Contratistas Generales pagó por ella.

SÉTIMO: Dispóngase que la Secretaría Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo Arbitral de Derecho al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.

ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS
Presidente del Tribunal Arbitral

ELVIRA MARTINEZ COCO
Arbitro

GABRIEL SABA SABA
Arbitro

VOTO EN MAYORIA DE LOS ÁRBITROS DOCTOR ALBERTO JOSÉ MONTEZUMA CHIRINOS – PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL- Y DOCTOR GABRIEL EMILIO SABA SABA – ARBITRO- RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Declarar **FUNDADA** la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, y en consecuencia se **ORDENA** que la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. - EGEMSA pague a GyM S.A. el importe de US$ 10´914,213.72 (Diez Millones Novecientos Catorce Mil Doscientos Trece y 72/100 Dólares de los Estados Unidos de América) más IGV e intereses, debiendo calcularse dichos intereses desde la fecha de recepción de la solicitud por parte de EGEMSA de someter esta controversia a arbitraje.

ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS
Presidente del Tribunal Arbitral

GABRIEL SABA SABA
Arbitro

VOTO EN MINORIA DE LA SEÑORA ÁRBITRO DOCTORA ELVIRA MARTINEZ COCO RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

DECLARAR FUNDADA la Pretensión Accesoria de la Pretensión Principal N° 2 de la demanda; y por consiguiente, **ORDENAR** que la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu – EGEMSA pague a GyM S.A. Contratistas Generales por concepto de los Mayores Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 9 otorgada por este Tribunal Arbitral:

1. La suma de US$ 5'463,841.00 (Cinco millones cuatrocientos sesenta y tres mil ochocientos cuarenta y uno y 00/100 Dólares Americanos) por los Mayores Gastos Generales otorgados.

2. La suma de US$ 983,491.38 (Novecientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y uno y 38/100 Dólares Americanos) por el IGV correspondiente a los Mayores Gastos Generales otorgados.

3. El interés legal que los anteriores montos devenguen desde la fecha en la que la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu – EGEMSA recibió la solicitud para someter a arbitraje las controversias que han sido resueltas en este laudo.

ELVIRA MARTINEZ COCO
Arbitro