

Caso Arbitral N° 2242-2012-CCL

2012 NOV 27 PM 5:45

CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

(En adelante el Demandante o el Consorcio)

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

y

GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

(En adelante el Demandado o la Entidad)

LAUDO

Lima 27 de Noviembre de 2012

Tribunal Arbitral

Dr. José Talavera Herrera | Presidente

Dr. Luis Felipe Pardo Naváez

Dr. Yaquir Dannon Levy

Secretario Arbitral

Marco Gálvez Díaz

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Institucional

I. INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. El Tribunal Arbitral se instaló con fecha 20 de abril de 2012 en las oficinas de la entidad administradora del proceso arbitral, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y con la presencia de las partes.
2. El presente arbitraje es NACIONAL y de DERECHO, de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral contenido en la cláusula trigésima segunda del Contrato N° 022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO de fecha 20 de agosto de 2010.
3. El Tribunal Arbitral deja constancia que las partes debidamente representadas suscribieron el Acta de Instalación en señal de conformidad.
4. Según la Tercera Cláusula del Contrato de Obra que dio lugar al presente arbitraje, éste se regirá por las siguientes disposiciones, siguiendo el mismo orden de prelación:
 - a) Contrato N° 022-2010-Gobierno Regional del Callao
 - b) Bases de la Licitación Pública Internacional y la propuesta presentada por el Consorcio Nueva Gambetta, Notas Aclaratorias y Enmiendas
 - c) Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo 1017 (la Ley)
 - d) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF (el Reglamento)
 - e) Código Civil Peruano

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

5. Con motivo de la Licitación Pública Internacional PER/09/69161/1146 para la ejecución del proyecto “Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta Callao”, el Gobierno Regional del Callao celebró con el Consorcio Nueva Gambetta el Contrato de Obra N° 022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO para la elaboración del Expediente Técnico de Estudios Definitivos y la Ejecución

de la Obra.

6. En la Cláusula Trigésimo Segunda del Contrato de Obra se estipuló que cualquier controversia se resolvería mediante arbitraje bajo las reglas del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

III. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

A. Designación de árbitros

7. Al haberse suscitado la controversia entre las partes, el Consorcio Nueva Gambetta designó como árbitro al Dr. Luis Felipe Pardo Narváez; el Gobierno Regional del Callao designó como árbitro al Dr. Yaquir Dannon Levy; y ambos árbitros acordaron designar como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. José Talavera Herrera.

B. Demanda arbitral

8. Con fecha 07 de mayo de 2012 el Consorcio Nueva Gambetta presentó su demanda arbitral, que fue admitida por Resolución N° 2 de fecha 24 de mayo de 2012 y se corrió traslado de la misma al Gobierno Regional del Callao por el plazo de diez días hábiles.

C. Contestación de demanda

9. Con fecha 15 de junio de 2012 el Gobierno Regional del Callao contestó la demanda, solicitando que se declaren infundadas las pretensiones del demandante.

D. Absolución a la contestación de la demanda

10. Con escrito del 6 de julio de 2012 la Demandante absolvió el traslado de la contestación de la demanda presentado por la Entidad.

E. Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral

11. Con fecha 5 de julio de 2012 se realizó la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral con asistencia de ambas partes, quienes fueron citadas por Resolución N° 3 del 19 de junio de 2012.
12. El Tribunal invitó a las partes a iniciar un diálogo a fin de propiciar un acuerdo conciliatorio. En ese acto, los representantes de ambas partes señalaron que no les resultaba posible hacerlo.
13. Acto seguido, se fijaron los puntos controvertidos, los mismos que serán analizados en el presente laudo y que a continuación se detallan:
 - 1) Determinar si corresponde o no la ampliación de plazo N° 2, por el lapso de ciento veintisiete (127) días calendario, solicitada por el Consorcio Nueva Gambetta al Gobierno Regional del Callao.
 - 2) Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional del Callao pague a favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 13 '870,075.01 (Trece Millones ochocientos Setenta Mil Setenta y Cinco con 01/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales y costos directos correspondientes a la ampliación de Plazo N° 2, más el Impuesto General a las Ventas y los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.
 - 3) Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional del Callao pague a favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 13 '870,075.01 (Trece Millones ochocientos Setenta Mil Setenta y Cinco con 01/100 Nuevos Soles), más intereses, por concepto de indemnización por los daños y

perjuicios causados por los incumplimientos del Gobierno Regional del Callao.

- 4) Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional del Callao pague a favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 13 '870,075.01 (Trece Millones ochocientos Setenta Mil Setenta y Cinco con 01/100 Nuevos Soles), más intereses, por concepto de indemnización por los daños sufridos por el Consorcio Nueva Gambetta como consecuencia del abuso de derecho del Gobierno Regional del Callao.
- 5) Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional del Callao pague a favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 5 '285,768.88 (Cinco Millones Doscientos Ochenta y Cinco Mil Setecientos Sesenta y Ocho con 88/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales y costos directos correspondientes a la ampliación de plazo de cuarenta y nueve (49) días calendario otorgada mediante Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GRC de fecha 16 de enero de 2012, más el Impuesto General a las Ventas y los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago.
14. Asimismo, en la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral se admitieron los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes, el medio probatorio consistente en la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés presentada por el Consorcio Nueva Gambetta y el medio probatorio consistente en la exhibición solicitada por el Gobierno Regional del Callao.
15. Cabe mencionar que con fecha 25 de julio de 2012 el Gobierno Regional del Callao presentó el Informe N° 627-2012-GRI/GAMBETTA/EDM mediante el cual se efectuaron comentarios a la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés.

F. Audiencia de Pruebas

16. Con fecha 3 de octubre de 2012 se realizó la Audiencia de Pruebas en la que se invitó al ingeniero Carlos A. López Avilés a sustentar el informe pericial de parte presentado por el Consorcio Nueva Gambetta, así como a responder las preguntas y repreguntas que fueron formuladas por las partes y por el Tribunal Arbitral.

G. Alegatos e informes orales

17. El Tribunal Arbitral concedió mediante Resolución N° 10 del 12 de octubre de 2012 un plazo de cinco días para que las partes cumplan con presentar sus alegaciones y conclusiones finales.
18. Asimismo el Tribunal citó a las partes a una Audiencia para que pudieran informar oralmente, la misma que se realizó el 6 de noviembre de 2012, con asistencia de ambas partes.

H. Plazo para Laudar

19. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 13 del 30 de noviembre de 2012 fijó el plazo para laudar, dentro del cual ha sido expedido el presente laudo arbitral.

IV. ANTECEDENTES GENERALES

A la luz de lo expuesto a lo largo del presente proceso arbitral, y antes de referimos a los fundamentos de hecho y de derecho invocados por las partes, resulta relevante exponer a continuación los principales hechos vinculados a la controversia:

20. El Gobierno Regional del Callao y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) suscribieron un Memorándum de Acuerdo para la prestación de servicios administrativos para la elaboración del Expediente Técnico Definitivo y Ejecución de obra del proyecto "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta Callao".
21. De ese modo el PNUD a través de la UNOPS realizó la selección y contratación de una empresa que tendría, a su cargo la elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo y Ejecución de Obra del proyecto "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta Callao - Primera Etapa", que comprende los tramos I, II, IIIa, IV y V ubicados en la Región Callao y reseñados en el Estudio de Factibilidad aprobado por el y el Ministerio de Economía y Finanzas. La vía contaba con una longitud de casi 27.8 Km.
22. Luego de otorgarse la Buena Pro de la Licitación Pública Internacional PER/09/69161/1146 por el monto total de la propuesta económica equivalente a S/. 355'712,377.54, el 20 de agosto de 2010 el Gobierno Regional del Callao y el Consorcio Nueva Gambetta suscribieron el Contrato de Obra No. 022-2010- GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO (Contrato de Obra) a de suma alzada, con una duración de 120 para elaborar el Expediente Técnico y 720 días para la ejecución de la obra como se indicó en la Cuarta Cláusula del Contrato de Obra.
23. El Expediente Técnico fue elaborado y aprobado por el Gobierno Regional

del Callao por Resolución Gerencial General Regional No. 590-2011- GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-CGR de fecha 20 de mayo del 2011.

24. El Consorcio Nueva Gambetta ha señalado y el Gobierno Regional no ha negado que existían dificultades para la entrega del terreno en forma total, por interferencias en el mismo, lo que impedía que se cumpliera la entrega y los avances previstos en el llamado Primer Cronograma. Por ello, ambas partes reconocen que por mutuo acuerdo y al amparo del Decreto de Urgencia No. 052- 2009 y del punto 4.2 del Contrato de Obra, se firmó un Acta de Acuerdo del 20 de mayo de 2011 en la que se acordó que la entrega se realizaría en forma parcial de acuerdo a un cronograma que sería elaborado por el contratista y debería ser aprobado.
25. El Consorcio Nueva Gambetta ha indicado, y no ha sido negado ni cuestionado por el Gobierno Regional del Callao, que elaboró el llamado Segundo Cronograma - documento que obra en autos - que ha sido presentado, en el que se establecían las siguientes fechas para las entregas de los distintos tramos para el avance de obra:
 - El tramo II se entregaría el 09.08.11
 - El Óvalo 200 Millas se entregaría el 09.08.11
 - El Tramo I se entregaría el 31.08.11
 - El Tramo IV se entregaría el 31.08.11
 - El Tramo V se entregaría el 10.08.12
26. Igualmente el Consorcio Nueva Gambetta ha indicado, que no realizaron las entregas en las fechas previstas en el Segundo Cronograma, como se desprende también de las actas de entrega de terreno que obran en autos donde se aprecia que el Óvalo 200 Millas y el tramo II fueron entregado parcialmente el 24 de octubre de 2011, y el tramo I fue entregado parcialmente el 15 de diciembre de 2011 sin que se realizara la entrega del tramo IV. En lo referido al tramo V las partes no han indicado la fecha de

entrega a lo que el Tribunal no ha dejado de advertir que la fecha de entrega prevista (10 de agosto de 2012) es posterior al inicio de arbitraje y, por ello, una eventual demora en su entrega y los supuestos daños que el contratista pudiera alegar por ello, no resultan materia controvertida del presente proceso.

27. En ese sentido, será materia del presente proceso lo referido a la entrega de los demás tramos y el Óvalo 200 Millas, entre el 10 de agosto de 2011 (día siguiente a la fecha prevista para la entrega del tramo II y el Óvalo 200 Millas) y el 15 de diciembre de 2011 (entrega real de los tramos I y IV).
28. Debido a que no se producía la entrega parcial de los terrenos de acuerdo al Segundo Cronograma de Obra, el contratista Consorcio Nueva Gambetta presentó una Primera Ampliación de Plazo por los 75 días transcurridos entre el 10 de agosto de 2011 y la fecha de entonces, 24 de octubre de 2011. Este pedido fue declarado IMPROCEDENTE mediante Resolución N° 1517-2011 -Gobierno Regional del Callao-GRC del 24 de noviembre de 2011, por considerar que (a) la entrega del tramo II y el Óvalo 200 Millas estaba supeditada a la aprobación del llamado Informe Ampliatorio del Expediente Técnico y los Formatos SNIP 15 y 16, (b) el Segundo Cronograma no fue remitido formalmente al Gobierno Regional del Callao, y (c) el Consorcio Nueva Gambetta no desarrolló el cálculo de los mayores gastos generales.
29. Así, al efectuarse la entrega de terreno de los tramos I y IV, el contratista Consorcio Nueva Gambetta presentó una Segunda Ampliación de Plazo por los 127 días transcurridos entre el 10 de agosto de 2011 y el 15 de diciembre de 2011. Este pedido fue concedido parcialmente mediante Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GGR, sólo por un período de 49 días calendario sin reconocimiento de gastos generales ni costos directos.
30. Como obra en autos, los fundamentos de la Resolución N° 036-2012-

Gobierno Regional del Callao-GGR fueron los siguientes:

31. Respecto del período de 127 días calendario solicitados como ampliación por el Consorcio Nueva Gambetta

- El período del 10.08.2011 al 22.09.2011 no resultaba imputable al Consorcio Nueva Gambetta, por referirse a la entrega programada del Tramo II hasta el inicio de la reformulación del Expediente Técnico o Informe Ampliatorio del Expediente Técnico.
- El período del 23.09.2011 al 07.10.2011 sí resultaba imputable al Consorcio Nueva Gambetta por referirse al período de reformulación del Expediente Técnico o Informe Ampliatorio del Expediente Técnico para adaptarlo de pavimento rígido a pavimento flexible.
- El período del 08.10.2011 al 12.10.2011 no resultaba imputable al Consorcio Nueva Gambetta por referirse al período entre la entrega del Expediente Técnico reformulado y la comunicación sobre las observaciones de los expedientes PACRI.
- El período del 13.10.2011 al 15.12.2011 sí era imputable al Consorcio Nueva Gambetta por referirse al período de levantamiento de las observaciones del PACRI y los expedientes de desafectación.

Por ello se concedió parcialmente la ampliación de plazo solicitada, por 49 días calendario de los 127 días calendario solicitados por el Consorcio Nueva Gambetta.

32. Respecto al reconocimiento de costos directos

El Gobierno Regional del Callao consideró improcedente el pedido de reconocimiento de costos directos pues durante el período de elaboración del informe Ampliatorio al Expediente Técnico no se contaba con parámetros de contrastación y además el Consorcio Nueva Gambetta tema

conocimiento de las observaciones formuladas por el Ministerio de Economía y Finanzas.

33. **Respecto al reconocimiento de mayores gastos generales**

El Gobierno Regional del Callao consideró improcedente el pedido de reconocimiento de mayores gastos generales indicando que el Consorcio Nueva Gambetta no sustentó técnicamente la solicitud demostrando la presencia de equipo, lo que impediría emitir un pronunciamiento al respecto.

El Consorcio Nueva Gambetta manifestó su desacuerdo con esta decisión, optando por utilizar los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato de Obra, lo que dio origen al presente proceso arbitral.

V. POSICIONES DE LAS PARTES

34. En este apartado se efectuará un análisis de los argumentos y pruebas más importantes, dejando expresa constancia de que los argumentos y pruebas no señalados expresamente han sido igualmente valorados sin alterar en modo alguno el sentido del presente laudo.

V.I POSICIÓN DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

35. Con fecha 7 de mayo del año 2012 el Consorcio Nueva Gambetta presentó su demanda arbitral contra el Gobierno Regional del Callao con las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare que corresponde la Ampliación de Plazo N° 2 por 127 días calendario.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL :

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional del Callao el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/ 13 870 075,01 por gastos generales y costos directos correspondientes a la Ampliación de Plazo N°2, más el IGV y los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de

pago.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL: Que, en el supuesto negado que se desestime la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional del Callao el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 13 870 075,01 más intereses, como indemnización por los daños y perjuicios causados por los incumplimientos del Gobierno Regional del Callao.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL: Que, en el supuesto negado que se desestime la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional del Callao el pago a favor del CONSORCIO de S/. 13 870 075,01, más intereses, como indemnización por los daños sufridos por el CONSORCIO como consecuencia del abuso de derecho incurrido por el Gobierno Regional del Callao.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral ordene al GRC el pago, a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 5 285 769,88, por gastos generales y costos directos correspondientes a la ampliación de plazo de 49 días calendario otorgada por Resolución No. 036-2012-Gobierno Regional del Callao- GGR del 16 de enero de 2012, más el IGV y los intereses legales devengados hasta la fecha efectiva de pago".

36. El Consorcio Nueva Gambetta sustenta sus pretensiones en los fundamentos de hecho y de derecho que en este apartado se detalla precisando únicamente los aspectos principales, no obstante lo cual el Tribunal Arbitral ha valorado todo lo señalado por las partes a lo largo del proceso arbitral:

SOBRE LAS SOLICITUDES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO

37. El Consorcio Nueva Gambetta indicó que ninguno de los eventos señalados

en la Resolución Gerencial General Regional No. 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GGR resultan atribuibles al contratista:

38. La reformulación del Expediente Técnico o Informe Ampliatorio del Expediente Técnico

El Consorcio Nueva Gambetta indica que en la Octava Cláusula del Contrato de Obra se precisó que el Gobierno Regional del Callao podría optar entre pavimento rígido o pavimento flexible, por lo que si dicha entidad escogió la primera opción e incluso aprobó el Expediente Técnico de acuerdo a ello, no podría imputarse al contratista la variación una vez iniciada la obra, pues actuó siempre de buena fe.

39. Los Expedientes Técnicos del PACRI no afectaron en el avance de la obra

El Consorcio Nueva Gambetta indicó que los Expedientes Técnicos del PACRI fueron aprobados conjuntamente con el Expediente Técnico y, además, representaban alrededor del 6.1% de la vía por lo que no tenían un impacto real en su avance.

40. El reconocimiento de los costos directos y gastos generales

El Consorcio Nueva Gambetta indicó que de acuerdo a los artículos 202 y 203 del Reglamento, no puede condicionarse el reconocimiento de gastos generales ni de costos directos a la presentación de metrados, menos aún en un contrato a suma alzada.

Indicó también que de todos modos está acreditado el detalle de la maquinaria y mano de obra utilizada.

Además el Consorcio Nueva Gambetta refirió que las labores de obra se iniciaron en mayo de 2011, por lo que ya había movilizado maquinaria y mano de obra antes de tomar conocimiento de las observaciones

formuladas por el Ministerio de Economía y Finanzas del 23 de agosto de 2011.

Como sustento de ello el Consorcio Nueva Gambetta ofreció el mérito de la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés.

41. **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Según el punto 4.2 de la Cuarta Cláusula del Contrato de Obra, deberán reconocerse los mayores gastos generales y/o costos directos incurridos ante un supuesto de inicio anticipado o parcial que afecte la secuencia constructiva de la obra.

El artículo 1361 del Código Civil prevé la obligatoriedad de los contratos, por lo que el Gobierno Regional del Callao estaba obligado a reconocer la ampliación de plazo y el pago de los mayores gastos generales y costos directos debido a que el inicio parcial de la obra afectó el ritmo, plazo y secuencia constructiva previstos, por causas ajenas al Consorcio Nueva Gambetta.

42. **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

El Consorcio Nueva Gambetta indica que el Gobierno Regional del Callao incumplió diversas obligaciones contractuales, incluyendo la obligación de cumplir con hacer las entregas parciales en las fechas máximas previstas en el llamado Segundo Cronograma y la obligación de ejecutar el contrato de buena fe específicamente en lo que se refiere al derecho del Consorcio Nueva Gambetta a las ampliaciones de plazo y al pago de gastos generales y costos directos.

La ilicitud o antijuridicidad se verifica debido a que el Gobierno Regional del

Callao no cumplió con las fechas máximas previstas para las entregas parciales contraviniendo el Contrato de Obra.

El factor de atribución se verifica en el supuesto de culpa leve del Gobierno Regional del Callao al incumplir con la entrega del terreno, supuesto que se presume de conformidad con el artículo 1329 del Código Civil.

El nexo causal consiste en la relación directa entre el incumplimiento por parte del Gobierno Regional del Callao en la entrega del terreno y el monto que el Consorcio Nueva Gambetta reclama por mayores gastos generales y costos directos.

El daño consiste en el perjuicio económico que se habría ocasionado al Consorcio Nueva Gambetta.

43. **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

El Consorcio Nueva Gambetta indica que el Gobierno Regional del Callao contravino el artículo II del Título Preliminar del Código Civil al abusar de su derecho al solicitarle la ejecución parcial de la obra, pues de acuerdo al Contrato de Obra únicamente se darían entregar parciales de terreno considerando la secuencia constructiva aprobada y la cronología de entregas parciales posteriores de terreno, para no afectar el ritmo, plazo o secuencia constructiva una vez iniciada la ejecución parcial de la obra.

44. **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

El Consorcio Nueva Gambetta indica que esta pretensión se refiere únicamente al período de 49 días calendarios que fueron concedidos como Ampliación de Plazo N° 02 por el Gobierno Regional del Callao mediante Resolución N° 063-2012-

Gobierno Regional del Callao-CGR del 16 de enero de 2012 sin reconocimiento de mayores gastos generales.

Al respecto, el Consorcio Nueva Gambetta indica que de acuerdo a los artículos 202 y 203 del Reglamento debería reconocerse los mayores gastos y los costos directos, especialmente si se considera que el Contrato de Obra se sujeta a la modalidad de suma alzada y no de precios unitarios.

V.2 POSICIÓN DEL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

Con fecha 15 de junio de 2012, el Gobierno Regional del Callao contestó la demanda con los fundamentos que en este apartado se detalla precisando únicamente los aspectos principales, no obstante lo cual el Tribunal Arbitral ha valorado todo lo señalado por las partes a lo largo del proceso arbitral:

45. La Resolución No. 1517-2011 -Gobierno Regional del Callao-GGR del 24 de noviembre de 2011 que denegó la ampliación de plazo N° 1 tiene calidad de cosa decidida, lo que tiene efectos similares a una cosa juzgada judicial.
46. Las entregas parciales realizadas por el Gobierno Regional del Callao son el ejercicio regular de un derecho que no genera pago indemnizatorio alguno, por lo que el Consorcio Nueva Gambetta carece de interés para obrar al haber caducado el plazo para la solución de la supuesta controversia referida a la Ampliación de Plazo N° 1.
47. Los Expedientes Técnicos del PACRI impedían la ejecución total de la obra o su entrega total.
48. El artículo 1361 del Código Civil establece la obligatoriedad de los contratos y se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

49. Por ello el contratista Consorcio Nueva Gambetta debió tomar todas las medidas para cumplir con las obligaciones contractuales. En este extremo, el proyecto de preinversión de la obra fijaba como característica aprobada el pavimento flexible, por lo que era obvio que este hecho generó necesariamente la observación del Ministerio de Economía y Finanzas.
50. El demandante Consorcio Nueva Gambetta no acreditó realizar mayores gastos en maquinaria, personal u otros, y tampoco ha acreditado daño emergente, lucro cesante ni nexo causal.

Y CONSIDERANDOS:

Cuestión Preliminar

Antes de entrar a analizar la materia controvertida de cada pretensión, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que no ha existido ninguna recusación contra algún miembro del Tribunal Arbitral, tampoco se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas para el presente arbitraje.
- (iii) Que el CONSORCIO presentó su demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- (vi) Que éste Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales establecidos para el presente proceso arbitral.

V. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIAS Y POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

VI.1 ANÁLISIS RESPECTO A LAS EXCEPCIONES, DEFENSAS DE FORMA Y CUESTIONES PREVIAS

51. Como obra en autos, las partes no han deducido formalmente excepciones, defensas de forma ni *ningún* tipo de cuestión previa, por lo que éstas han reconocido plenamente la existencia de una relación jurídico procesal válida sometida ante un Tribunal competente.
52. Así, no obstante el Gobierno Regional del Callao no ha formulado formalmente tales cuestionamientos, este Tribunal estima pertinente, antes de entrar al fondo de la controversia, pronunciarse sobre la Caducidad, Falta de Capacidad para Obrar y la Cosa Decidida de la Resolución N° 1517-2011 -Gobierno Regional del Callao- GGR, que el demandado señaló en su escrito de contestación de demanda.
53. En concreto, el Gobierno Regional del Callao indicó que el Consorcio Nueva Gambetta carece de interés para obrar debido, precisamente, a que su derecho para cuestionar la citada Resolución N° 1517-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR que denegó la Ampliación de Plazo N° 1 ha caducado.
54. Al respecto, no escapa a este Tribunal el hecho que la Ampliación de Plazo N° 1 o, más propiamente, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1 que fue denegada, no forma parte de la presente controversia más allá de su referencia en los antecedentes. En esa línea de razonamiento, se advierte que todas las pretensiones de la demanda arbitral se refieren a la Ampliación de Plazo N° 2, por lo que no podría afectar en modo alguno los puntos controvertidos.
55. Más aún, este Tribunal Arbitral aprecia que la Resolución N° 1517-2011-Gobiemo Regional del Callao-GGR declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 1 principalmente debido a que las causales invocadas seguían

verificándose al momento de tal solicitud, de modo que no existió en estricto un pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de ampliación de plazo.

56. Además, se advierte que el propio Gobierno Regional del Callao, mediante la Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GRC concedió al Consorcio Nueva Gambetta, aunque sin gastos generales ni costos directos, la ampliación de plazo por 49 días calendario, pedido que previamente fue declarado improcedente por la Resolución N° 1517-2011 -Gobierno Regional del Callao- GGR, por lo que queda claro que el derecho del Consorcio Nueva Gambetta a cuestionar lo decidido por el Gobierno Regional del Callao permanecía vigente.
57. De otro lado, siendo que en virtud de lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo de la CUARTA CLÁUSULA del Contrato N° 022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, la cual establece que en lo no previsto en el contrato, **será aplicable a la relación jurídica entre las partes** el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF; debemos indicar que el último párrafo del Art. 201 del Reglamento de la LCE prescribe expresamente:

*“(...) **Cualquier controversia** relacionada con el pronunciamiento de la Entidad **respecto a las solicitudes de ampliación de plazos** podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión”.*

58. Por su parte, la Ley de Contrataciones del Estado respecto al plazo de caducidad en su art. 52º prescribe lo siguiente:

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos

procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad". (Énfasis agregado).

59. En ese sentido, tenemos que si bien el Gobierno Regional del Callao alega que el derecho del contratista ha caducado, **NO HA ACREDITADO QUE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE HAYA SIDO PRESENTADA FUERA DE LOS PLAZOS ANTES CITADOS**, y más aún, **el Tribunal Arbitral observa de lo actuado en el proceso que el contrato todavía no ha culminado**, es por esta razón que se puede concluir que, no hay resolución emitida por la Entidad (respecto a ampliación de plazo) que haya adquirido la calidad de cosa decidida, y por lo tanto, no ha caducado el derecho del contratista a un pronunciamiento de fondo sobre la denegación de su solicitud de ampliación de plazo.

VI.2 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Marco conceptual previo

Es pertinente indicar que antes de análisis de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera necesario establecer brevemente el marco conceptual y legal que será aplicable al presente caso:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Ampliación de Plazo?

En principio debemos indicar que, en los Contratos de Obra también llamados de Construcción (como el que es materia del presente arbitraje), cuya prestación es de trato sucesivo, se estila, como todo proyecto de construcción, tener un calendario de labores que determina de manera clara y específica las secuencias y tiempos que deberán ser seguidos por el

Contratista durante la construcción de la obra. En efecto, todo contrato de obra prevé una planificación del tiempo de ejecución contenido en un calendario en donde se establece el orden que habrá de seguir durante la construcción, **ya que estos calendarios permiten determinar de una manera eficiente cuál es el estado de las obras en determinados períodos de tiempo y la fecha de entrega**. En definitiva, estos calendarios permiten administrar el proyecto de una manera más clara y eficaz¹.

Ahora bien, es probable que existan proyectos de construcción no cumplan al cien por ciento con lo establecido en los calendarios programados, **en la mayoría de los casos se presentan imprevistos² o circunstancias que de una u otra manera alteran de manera significativa el normal desarrollo de las obras**. Eventos relacionados a variaciones en el contrato, cambios climáticos, problemas de seguridad, conflictos entre las partes, son muy recurrentes afectando el normal desarrollo del proyecto y en la gran mayoría de los casos esas circunstancias generan demoras significativas en la realización de una parte de la obra que incide en la fecha prevista para su culminación.

Es por ello, que los documentos contractuales deben determinar los posibles eventos que originarán demoras y que darán lugar a una ampliación de plazo, (entendido como un **"derecho a una extensión del tiempo de culminación del contrato"**), asimismo determinar quién debe asumir el riesgo de esas demoras.

Como regla general, si la demora o retraso es causado por un acto u omisión del Propietario de la obra, el Constructor tendrá derecho a una extensión de tiempo y a que se le restablezcan los gastos en que incurrirá por la demora.

¹ Timothy S. Fisher, Top Ten Most Important Clauses of a Construction Contract. Defense Counsel Journal, Julio de 2005.

² Al respecto es pertinente remitirnos al axioma jurídico - Contractual **"Rebus Sic Stantibus"** cuya traducción literal es "mientras estén así las cosas", en el Derecho Civil se hace referencia a la **posibilidad de modificación o extinción de un contrato por alteración grave de las circunstancias que presidieron su celebración**. El denominado **"Rebus Sic Stantibus"** suele utilizarse como complementaria del brocado latino pacta sunt servanda (los pactos deben cumplirse) en la forma pacta sunt servanda rebus sic stantibus que significa *los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así* lo que habla de la **obligatoriedad de cumplir los pactos** (contratos) **mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no varíen**.

Sin embargo, existen formas contractuales que restringen de manera directa el derecho que puede tener el Constructor a que le sean reparados los daños³, lo cual puede convertirse en un abuso del derecho y conllevar a un enriquecimiento sin causa.

El estándar internacional observado en los contratos de construcción de la FIDIC, *International Federation of Consulting Engineers*⁴ (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) encontramos que, el Libro Rojo de FIDIC establece de manera clara la **posibilidad de extensión del tiempo contractual** (Ampliación de Plazo), tipificando los eventos que pueden generar demoras al proyecto y el procedimiento aplicable para otorgarle al Constructor este derecho con motivo de demoras no imputables al Constructor.

En teoría, es siempre el Constructor o Contratista el que solicita la prorroga o extensión de tiempo, por ello es éste, en definitiva, quien debe probar que la demora ha sido causada por un evento o situación que da lugar a una extensión del tiempo contractual⁵.

En ese orden de ideas, podemos concluir que la ampliación de plazo, en el ámbito contractual, surge como *un instrumento para intentar paliar las consecuencias derivadas del desequilibrio patrimonial producido por la alteración de las circunstancias no imputables al contratista o comitente*. En efecto, **la ampliación de plazo ha sido ideada para REMEDIAR UNA DEMORA EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA QUE NO ES ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA**. Por lo tanto, se constituye como un derecho subjetivo que le asiste al Contratista que se ha visto afectado injustificadamente por una demora o atraso, quien tiene la facultad de poder exigir, de acuerdo al ordenamiento jurídico, **una modificación del contrato (extensión del plazo y el costo del mismo) cuando las circunstancias existentes al momento**

³ Jonh Murdoch, *Construction Contracts, Law and Management*, Pag 186.

⁴ Construction Contract 1st Ed (1999 Red Book) electronic version in encrypted PDF. En: http://www1.fidic.org/bookshop/prod_page.asp?productcode=FC-RA-A-AA-P

⁵ Maximiliano Rodríguez Fernández; "EL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSTRUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES"; REVIST@ e - Meritoria Volumen 5, Número 1 (2006), Pág. 24.

de su celebración han variado (Rebus Sic Stantibus), de esta forma no se pierda el equilibrio contractual por las consecuencias que produciría una demora o atraso en la ejecución de una obra, esto es, por la posible aplicación de penalidades por la no culminación de la obra dentro del plazo, así como también, por los gastos que implica para el Contratista el retraso mismo en la ejecución o paralización de la obra.

¿Cuál es la regulación aplicable a la Ampliación de Plazo solicitada en el presente caso?

En primer lugar, se debe tener en cuenta lo estipulado en el mismo contrato suscrito por las partes. Así, observamos que la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra N° 022-2010-GRC, se señala lo siguiente:

“CLÁUSULA CUARTA: PLAZO

(...)

4.3 Ampliación de Plazo

El plazo para la elaboración del Expediente Técnico y para la Ejecución de la Obra, será prorrogado por eventos que no sean atribuibles al Contratista, como son, de manera ilustrativa:

- i. *Eventos calificados como de fuerza mayor o caso fortuito*
- ii. *Eventos atribuibles a LA REGION*
- iii. *Por vicios ocultos en los terrenos áreas o zonas que afecten la ruta crítica de ejecución de la (s) Obra (s). La afectación de la ruta crítica se calculará de acuerdo a la programación PERT-CPM correspondiente.*
- iv. *Por interferencias físicas en el área de intervención para la elaboración del Estudio Definitivo y la Ejecución de la Obra.*

Para que proceda la ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, dentro de las 72 horas de iniciado el evento y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, EL CONTRATISTA solicitará,

cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante EL SUPERVISOR.

De ocurrir una ampliación de plazo. EL CONTRATISTA presentará a Supervisor un Calendario de Obra Actualizado, en un plazo no mayor de quince (15) días calendario, debiendo el Supervisor elevarlo a LA REGION, junto con un Informe en el que exprese su opinión.

En todo lo no previsto, incluyendo el reconocimiento de gastos generales generando por ampliaciones de plazo por causas ajenas al contratista, será de aplicación lo dispuesto en la Ley y su REGLAMENTO, aprobados mediante D.L. N° 1017 y D.S. 184-2008-EF respectivamente.

En caso de demora por causas que sean imputables a EL CONTRATISTA, no corresponderá ningún derecho al reconocimiento de gastos generales". (Énfasis agregado)

Siendo que, se ha establecido que en lo no previsto en el contrato será aplicable la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, **corresponde citar todas disposiciones que regulan la ampliaciones de plazo**, empezando por lo establecido en el artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017), y luego por lo prescrito por los artículos 200º y 201º de su Reglamento (D.S. 184-2008-EF), los cuales establecen lo siguiente:

"Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

(...)"

"Artículo 200º.- Causales de la ampliación de plazo

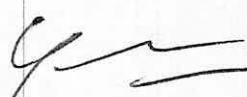
De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*
- 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*
- 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.”*

“Artículo 201º.- Procedimiento de la ampliación de plazo

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

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha



ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe.

De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

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

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

plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".

Por lo tanto, son estas disposiciones legales las que se deberán tener en cuenta para el análisis de cada punto controvertido referido a ampliaciones de plazo.

1) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 2, POR EL LAPSO DE CIENTO VEINTISIETE (127) DÍAS CALENDARIO, SOLICITADA POR EL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA AL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

60. Sobre la entrega parcial del terreno

- a. El Gobierno Regional del Callao no ha negado que las entregas parciales de terreno fueran efectuadas con posterioridad a las fechas previstas en el llamado Segundo Cronograma, hecho que se desprende además de las actas de entrega de terreno que obran en autos.
- b. En ese sentido, el primer hecho que deberá ser esclarecido por el Tribunal es si estas demoras supusieron, como alega el Gobierno Regional del Callao en su contestación de demanda, el ejercicio regular

de un derecho que no podría generar pago indemnizatorio.

- c. Sobre este aspecto, el Cronograma de Obra considerado el punto 4.2.1 c) del Contrato de Obra requería que "la REGION entregue al contratista el terreno o lugar donde se ejecutará la obra saneado física y legalmente, libre de todo tipo de interferencias por servicios públicos", de lo que se desprende que debía entregarse la totalidad del terreno. Según ese criterio es que se elaboró un primer cronograma que debía respetarse.
- d. Sin embargo, como reconocen las partes, esto no fue posible debido a la presencia de interferencias, por lo que las partes de mutuo acuerdo suscribieron un Acta de Acuerdo de fecha 20 de mayo de 2011 en la que "considerando que el cronograma de ejecución de obra fue elaborado sobre la base de una entrega completa de terreno y no una entrega parcial, deberá adecuarse el Cronograma considerando la secuencia constructiva aprobada y la cronología de entregas parciales posteriores de terreno, para no afectar el ritmo, plazo o secuencia constructiva una vez iniciada la ejecución parcial de la obra."
- e. El Tribunal reconoce que esta situación sí está contemplada en el punto 4.2 del Contrato de Obra que permite el inicio parcial de la obra "a pedido de LA REGION y previo acuerdo con EL CONTRATISTA", vale decir, de mutuo acuerdo. Además, como correctamente han señalado las partes, esta medida se encuentra respaldada por el Decreto de Urgencia No. 052-2009.
- f. Es decir, está acreditado que a través del Acta de Acuerdo del 20 de mayo de 2011 se acordó la modificación de Cronograma de Obra. Así, el Consorcio Nueva Gambetta elaboró el llamado Segundo Cronograma, con las fechas indicadas a continuación, todo lo que no ha sido negado por el Gobierno Regional del Callao:

- El tramo II se entregaría el 09.08.11
- El Óvalo 200 Millas se entregaría el 09.08.11
- El Tramo I se entregaría el 31.08.11
- El Tramo IV se entregaría el 31.08.11
- El Tramo V se entregaría el 10.08.12

- g. Está acreditado, como se advierte en las actas de entrega de terreno, que no realizaron las entregas en las fechas previstas en el Segundo Cronograma, apreciándose que el Óvalo 200 Millas y el tramo II fueron entregado el 24 de octubre de 2011, y el tramos I fue entregado parcialmente el 15 de diciembre de 2011, sin que se realizara la entrega del tramo IV.
- h. Sobre el particular, el Gobierno Regional del Callao señaló en su contestación que dichas demoras configuraban el ejercicio regular de un derecho, facultado por el Decreto de Urgencia referido. Sin embargo, como ya se ha indicado, el propio Contrato de Obra indicaba con absoluta claridad que las entregas parciales debían ser aprobadas de mutuo acuerdo y en la Resolución Gerencial Regional No. 036- 2012 Gobierno Regional del Callao-GGR, el Gobierno Regional del Callao reconoció su responsabilidad por la demora por la entrega de terreno por un período de 44 días calendario debido a que estaba programada la entrega del Tramo II el 09.08.11, tal como se indica en el Segundo Cronograma, que ha sido aplicado en la Ampliación de Plazo que nos ocupa, por lo que el mismo criterio debe ser utilizado en todas las entregas previstas en dicho cronograma. Por ello no cabe la modificación unilateral de dichos acuerdos, lo que además no resiste análisis bajo las reglas de la buena fe y la diligencia debida con que toda parte debe actuar.
- i. Queda claro, en consideración a estos fundamentos, que el Gobierno Regional del Callao incumplió con las entregas del terreno de acuerdo a

las fechas establecidas en el Segundo Cronograma, por un período de 127 días que, en una obra cuya ejecución estaba prevista para un plazo de 720 días calendario, es obvio que afectó el ritmo de avance conforme ha quedado acreditado en las valorizaciones, sin mencionar que incumplió la secuencia constructiva establecida en el Segundo Cronograma.

- j. Por todo lo que, si se determinase que no existió algún hecho que impidiera el avance regular de la obra y que éste resulta atribuible al contratista, deberá concederse la ampliación de plazo, en atención del punto 4.2 del Contrato de Obra que dispone que "si el inicio anticipado o parcial de la obra afecta el ritmo, plazo o la secuencia constructiva previstos, por causas ajenas a EL CONTRATISTA, éste tendrá derecho a la ampliación de plazo que corresponda y/o reconocimiento de los mayores gastos generales y/o costos directos incurridos, según corresponda."
- k. Concretamente, tanto durante el desarrollo del proceso como en la Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GRC, el Gobierno Regional del Callao ha hecho referencia a dos hechos que resultarían atribuibles al Consorcio Nueva Gambetta y tendrían un impacto sobre el avance de la obra: la reformulación del Expediente Técnico o Informe Ampliatorio, y los Expedientes Técnicos del PACRI, los mismos que serán desarrollados a continuación.
61. Sobre la solución constructiva de pavimento y el Informe Ampliatorio o reformulación del Expediente Técnico
- a. En la contestación de demanda, el demandado Gobierno Regional del Callao señala que en atención al principio de obligatoriedad de los contratos, el contratista Consorcio Nueva Gambetta debió tomar todas las medidas para cumplir con las obligaciones contractuales, lo que incluía advertir que el proyecto de preinversión de la obra fijaba como

característica aprobada el pavimento flexible.

- b. Sobre esta discusión, el Tribunal estima correcta la distinción que realizó el contratista Consorcio Nueva Gambetta en su escrito presentado el 15 de agosto de 2011 entre el Estudio de Preinversión y el Contrato de Obra en sí.
- c. En esa línea, el Estudio de Preinversión es ajeno al contratista y se orienta a determinar la viabilidad del proyecto, mientras que a través del contrato de obra las partes que lo suscriben - contratista y entidad - se obligan y sujetan a las estipulaciones allí contempladas.
- d. Al respecto, la Octava Cláusula del Contrato de Obra estipulaba lo siguiente:

“OCTAVA: OBLIGACIÓN DE MEJORA DEL PROYECTO

8.1 Conforme a lo previsto en el Compromiso asumido de mejora al proyecto según el formulario N° 12, EL CONTRATISTA debe presentar a LA REGIÓN durante la elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo, un presupuesto por cada una de las alternativas constructivas de la Obra, incluyendo un reporte preliminar sustentatorio de cada alternativa:

- i) estructura de pavimento flexible para la vía principal (solución inicial); y,*
- ii) estructura de pavimento rígido para la vía principal (solución alternativa) con la finalidad de que LA REGIÓN decida la alternativa constructiva que se adoptará para el desarrollo del Expediente Técnico y ejecución de la Obra*

*LA REGIÓN, luego de verificar que se cumplan los requerimientos técnicos y de beneficios para el proyecto, y hasta un plazo de ocho (08) días hábiles posteriores a la recepción del reporte referido en el párrafo anterior, **deberá comunicar a EL CONTRATISTA cuál será la alternativa que éste deberá considerar para la Elaboración del***

Expediente Técnico Definitivo y la Ejecución de la Obra"

- e. De tal forma que la entidad Gobierno Regional del Callao y el contratista Consorcio Nueva Gambetta aceptaron libre y voluntariamente que este último presente dos propuestas o alternativas constructivas a la entidad, quien optaría por una de ellas.
- f. Es importante precisar además que se trataba de una estipulación contractual de obligatorio cumplimiento.
- g. De esa manera fue el propio **Gobierno Regional** quien eligió la opción de pavimento rígido, como consta en el Acta de Acuerdo N° 1 del 22 de agosto de 2011 que ambas partes firmaron, en aplicación de la Cláusula Octava del Contrato de obra, advirtiéndose que éste no contempla posibilidad de modificación una vez iniciada la obra con la solución adoptada.
- h. Como ambas partes reconocen, el Ministerio de Economía y Finanzas formuló una observación a la solución constructiva elegida, por lo que el contratista y la entidad acordaron que aquél elabore un Informe Ampliatorio del Expediente Técnico o reformulación del Expediente Técnico.
- i. Al respecto, más allá de la denominación utilizada por las partes para dicho documento complementario, lo cierto es que **no existe motivo para justificar que el tiempo que duró su elaboración configure una demora atribuible al Consorcio Nueva Gambetta**, ni podría eximir al Gobierno Regional del Callao de su obligación de entregar los terrenos dentro de las fechas previstas para no afectar la secuencia constructiva.

62. Sobre los Expedientes Técnicos de PACRI

- a. El Gobierno Regional del Callao indicó en su contestación de demanda que el Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario (PACRI) impedía la ejecución total de la obra, lo que resultaba imputable al contratista.
- b. Por su parte, el contratista Consorcio Nueva Gambetta precisó que por Resolución Gerencial General Regional No. 590-2012-Gobierno Regional del Callao - CGR del 20 de mayo de 2011, el Gobierno Regional del Callao aprobó la totalidad del Expediente Técnico, incluyendo el PACRI, como se advierte del tenor de dicha resolución.
- c. Al respecto, el Tribunal ha advertido que el PACRI fue elaborado por el Consorcio Nueva Gambetta durante la elaboración del Expediente Técnico, etapa que concluyó con la aprobación del mismo por parte del Gobierno Regional del Callao, lo que necesariamente suponía una revisión detallada por parte de la entidad demandada. Por ello este Tribunal es de la opinión que las observaciones o pedidos de modificación posteriores a la aprobación no podrían ser imputables al Consorcio Nueva Gambetta, a menos que se hubiera acreditado que éste actuó con mala fe o falta de diligencia en la elaboración del PACRI aprobado, lo que no se ha alegado ni acreditado en autos.
- d. Además, este Tribunal sí considera importante el hecho que las afectaciones representen seis punto uno por ciento (6.1%) del total de la vía, lo que quiere decir que incluso si las observaciones al PACRI debieran ser imputadas al Consorcio Nueva Gambetta, éste podría haber continuado realizando sus labores sobre el noventa y tres punto nueve por ciento (93.9%) de la vía, de haber recibido el terreno oportunamente de parte del Gobierno Regional del Callao, lo que no ocurrió.
- e. En consideración a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que las observaciones al PACRI no podrían ser imputables al Consorcio Nueva Gambetta, por lo que no suponen un hecho o evento que justifique la negativa a la Ampliación de Plazo N° 2.

63. Sobre el reconocimiento de mayores gastos generales y costos directos y la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés

- a. El Gobierno Regional del Callao indicó en su contestación que el Consorcio Nueva Gambetta no acreditó los mayores gastos en maquinaria, personal u otros, y tampoco ha acreditado daño emergente, lucro cesante ni nexo causal, por lo que no procedería el pago a su favor por los conceptos indicados.
- b. Por su parte, el Consorcio Nueva Gambetta reiteró que, de una interpretación del artículo 202 del Reglamento se advierte con claridad que el reconocimiento de sus gastos generales y costos directos no podría condicionarse a la presentación de información detallada, pues consideró que se produjo un atraso de obra y no una paralización y, además, el Contrato de Obra se rige por la modalidad de suma alzada, y no de precios unitarios.
- c. Sin perjuicio de ello, el Consorcio Nueva Gambetta ofreció el mérito probatorio de la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés para explicar el cálculo de los mayores gastos generales y los costos directos.
- d. Como respuesta, el Gobierno Regional del Callao presentó el Informe N° 627- 2012-GRI/GAMBETTA/EDM por el que se realizaron dos principales cuestionamiento a la referida pericia del ingeniero Carlos A. López Avilés:

El Informe N° 627-2012-GRI/GAMBETTA/EDM concluyó debió aplicarse el segundo párrafo del artículo 202 del Reglamento por considerar que se trató de una paralización, y no de un atraso como sostiene el Consorcio Nueva Gambetta.

- e. Este punto fue materia de discusión también en la Audiencia de Pruebas, donde se precisó la importancia de diferenciar entre paralización y atraso no es sólo teórica, puesto que afecta la interpretación que puede darse al

artículo 202 del Reglamento, el cual a la fecha de los hechos tenía el siguiente tenor:

"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

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

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

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

- f. Así, de conformidad con el segundo párrafo de esta norma en caso de una paralización de obra el contratista deberá acreditar los mayores gastos generales, mientras que en un supuesto de retraso no será necesaria dicha acreditación.
- g. La lógica de esta diferenciación en la acreditación de mayores gastos

generales y costos directos entre atraso y paralización es evidente pues en un supuesto de paralización, es razonable exigir al contratista que procure, en la medida de lo posible, reducir sus costos y gastos generales.

- h. En esa línea de razonamiento, **el Tribunal Arbitral entiende que nos encontraremos ante una paralización completa cuando se suspende la ejecución de los trabajos**. Como es obvio, en estos casos no existirá valorización alguna, por estar detenidas las labores.
- i. En cambio, los atrasos suponen una reducción apreciable del ritmo de ejecución de los trabajos. En otras palabras, se producen demoras, ya sea por motivos atribuibles al contratista como por motivos ajenos a éste. A diferencia de un supuesto de paralización, en un supuesto de atraso sí se elaboran y aprueban valorizaciones.
- j. Precisamente, en el caso materia del presente proceso, el perito ingeniero Carlos A. López Avilés ratificó lo señalado en la demanda arbitral, en el sentido que sí se aprobaron valorizaciones durante el período en discusión. Esto no ha sido negado por el Gobierno Regional del Callao.
- k. Por ese motivo el Tribunal concluye que nos encontramos ante un supuesto de atraso de obra, por lo que no resulta exigible legalmente que el Consorcio Nueva Gambetta acredite los mayores gastos generales sino únicamente verificar la configuración de un retraso lo que, a la luz de las valorizaciones aprobadas, está acreditado.
- l. El Informe N° 627-2012-GRI/GAMBETTA/EDM concluyó que el Consorcio Nueva Gambetta no acreditó con documentos suficientes la presencia de maquinaria sin uso.
- m. Sin perjuicio de haber señalado que, en aplicación del artículo 202 del Reglamento, no resulta necesario acreditar en forma detallada y desagregada los gastos generales y costos directos incurridos por la

demora del Gobierno Regional del Callao en las entregas parciales de terreno, el Tribunal Arbitral considera pertinente pronunciarse respecto a la acreditación de dichos conceptos, especialmente con la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés cumple a cabalidad con dicho fin.

- n. Al respecto, el Informe N° 627-2012-GRI/GAMBETTA/EDM presentado por el Gobierno Regional del Callao indica que el Consorcio Nueva Gambetta no acreditó estos conceptos con evidencias como partes diarios, reportes, constatación notarial o policial, o cuaderno de obra.
- o. No obstante ello, el Consorcio Nueva Gambetta ha presentado documentos que acreditan razonablemente la presencia de maquinaria sin uso, como lo son el acta notarial del 1 de diciembre de 201 otorgada por Notario Dr. José Antonio Vega Erazquin, así como los Asientos N° 285, 339, 391 y 611 del Cuaderno de Obra. Sobre el particular este Tribunal estima que no podría exigirse la presentación de documentos distintos, cuando los referidos medios probatorios acreditan plenamente la presencia de maquinaria sin uso. El Gobierno Regional del Callao no lo ha cuestionado.
- p. Por lo expuesto, podemos concluir que, efectivamente, existió un retraso o demora en la ejecución programada de la obra, debido al incumplimiento de las entregas parciales del terreno imputable al Gobierno Regional del Callao; y si bien las observaciones del Ministerio de Economía y Finanzas también han generado retrasos que, en conjunto han afectado la ruta crítica, estos hechos no puede ser atribuible al Contratista, pues tal y como ha quedado acreditado con los medios probatorios presentados por el Consorcio, existe un nexo causal entre los actos de la Entidad y los hechos generadores de retrasos en la obra.
- q. Es más, se debe tener en cuenta que el art. 153º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece textualmente que: ***“La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones”***

que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares (...)".

r. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral luego de haber valorado los medios probatorios relacionados con el presente punto controvertido, llega a la certeza que la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio Nueva Gambetta cumplía con los requisitos exigidos por la normativa aplicable.

2) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO PAGUE A FAVOR DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA LA SUMA DE S/. 13'870,075.01 (TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL SETENTA Y CINCO CON 01/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE GASTOS GENERALES Y COSTOS DIRECTOS CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 2, MÁS EL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS Y LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO.

Pese a tratarse de un contrato bajo la modalidad de Concurso-Oferta a suma alzada lo cierto es que la Cláusula Cuarta del Contrato de Obra contempla claramente la posibilidad de otorgar al contratista mayores gastos generales y/o costos directos.

En consideración de lo expuesto en el apartado anterior, el Tribunal Arbitral considera que corresponde que el Gobierno Regional del Callao cancele a favor del Consorcio Nueva Gambetta el concepto correspondiente por los mayores costos directos y gastos generales.

Sobre la determinación del monto a pagar

En la demanda arbitral, el Consorcio Nueva Gambetta solicita el pago e la suma de S/. 13 870 075,01 por gastos generales y costos directos correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 2, más IGV e intereses.

Sin embargo del texto de la demanda no se advierte expresamente el sustento de dicho monto. Al respecto, la suma pretendida proviene en realidad de la propia solicitud de Ampliación de Plazo N° 2 de fecha 23 de diciembre de 2011, que obra en autos de acuerdo al siguiente esquema:

• Gastos generales: S/. 7 364 487.13

• Costos directos:

Mano de Obra: S/. 940 218.46

Equipo: S/. 5 565 369.42

El Consorcio Nueva Gambetta también ha ofrecido el mérito de la pericia elaborada por el ingeniero Carlos A. López Avilés, cuyas conclusiones varían ligeramente:

• Gastos generales: S/. 7 333 156.98

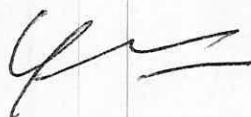
• Costos directos:

Mano de Obra: S/. 940 218.46

Equipo: S/. 5 592 362.11

Según indica el ingeniero Carlos A. López Avilés, el primer cálculo de Gastos generales es correcto y ajustado al artículo 203 del Reglamento, pero incurre en error al reajustar el monto total al mes de noviembre de 2011, cuando según ese mismo artículo debe efectuarse un reajuste de acuerdo al mes de la causa. El Tribunal hace suyo el criterio del perito y considera que por concepto de mano de obra corresponde un pago equivalente a la suma de S/. 7 333 156.98 más IGV más IGV.

Respecto al cálculo de mano de obra, el ingeniero Carlos A. López Avilés coincide con el primer cálculo referido y proviene del cálculo mes a mes señalado en la pericia. El Tribunal hace suyo el criterio del perito y considera que por concepto de mano de obra corresponde un pago equivalente a la suma de S/. 940,218.46 más IGV.



Sobre la permanencia de equipo y maquinaria sin uso, según indica el ingeniero Carlos A. López Avilés el primer cálculo es erróneo respecto al reajuste, pues éste debe hacerse mes a mes. El Tribunal hace suyo el criterio del perito y considera que, por concepto de Gastos generales, corresponde un pago equivalente a la suma de S/. 5 592 362.11 más IGV.

Teniendo en consideración lo expuesto, corresponde ordenar al Gobierno Regional del Callao el pago a favor del Consorcio Nueva Gambetta de la suma de S/. 13'865,737.55 más IGV, así como los intereses que se devenguen desde que el presente laudo quede firme hasta la fecha efectiva de pago.

- 3) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO PAGUE A FAVOR DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA LA SUMA DE S/. 13'870,075.01 (TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL SETENTA Y CINCO CON 01/100 NUEVOS SOLES), MÁS INTERESES, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LOS INCUMPLIMIENTOS DEL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

Habiendo determinado que corresponde conceder la Ampliación de Plazo N° 2 por 127 días con reconocimiento de gastos directos y costos generales, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre este extremo.

- 4) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO PAGUE A FAVOR DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA LA SUMA DE S/. 13'870,075.01 (TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL SETENTA Y CINCO CON 01/100 NUEVOS SOLES), MÁS INTERESES, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA COMO CONSECUENCIA DEL ABUSO DE DERECHO DEL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.



Habiendo determinado que corresponde conceder la Ampliación de Plazo N° 2 por 127 días con reconocimiento de gastos directos y costos generales, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre este extremo.

5) DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO PAGUE A FAVOR DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA LA SUMA DE S/. 5'285,768.88 (CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO CON 88/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE GASTOS GENERALES Y COSTOS DIRECTOS CORRESPONDIENTES A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO DE CUARENTA Y NUEVE (49) DÍAS CALENDARIO OTORGADA MEDIANTE RESOLUCIÓN N° 036-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-GRC DE FECHA 16 DE ENERO DE 2011, MÁS EL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS Y LOS INTERESES LEGALES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO.

El Consorcio Nueva Gambetta reclama como Segunda Pretensión Principal el pago por los mayores gastos y costos directos del período de 49 días calendario que fue concedido mediante Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GRC (Ampliación N° 2), puesto que la citada resolución denegó el reconocimiento de tales conceptos.

Al respecto, como se puede apreciar en la Resolución N° 036-2012-Gobierno Regional del Callao-GRC, el período de 49 días calendario concedido como ampliación de plazo sin reconocimiento de costos directos ni mayores gastos generales, comprende los siguientes períodos:

- Período de 44 días calendario del 10.08.2011 al 22.09.2011
- Período de 5 días del 23.09.2011 al 07.10.2011

Sobre este punto, el Tribunal no deja de advertir que se trata de los mismos períodos comprendidos dentro de la Primera Pretensión Principal que ha sido

estimada. Este hecho, por sí sólo, es razón suficiente para desestimar esta pretensión.

Es evidente por ello que el Tribunal no podría en modo alguno acoger este extremo de la demanda y, en consecuencia, corresponde desestimarla declarándolo **INFUNDADO**.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, estando a los considerandos antes señalados y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral **LAUDA**:

PRIMERO.- Declárese **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda y su accesoria y, en consecuencia, se ordena al Gobierno Regional del Callao conceder la Ampliación de Plazo N° 2 a favor del Consorcio Nueva Gambetta por el período total de ciento veintisiete (127) días calendario con el reconocimiento de gastos generales y costos directos mediante el pago a favor del Consorcio Nueva Gambetta de la suma de **S/. 13'865,737.55** (Trece millones ochocientos sesenta y cinco mil setecientos treinta y siete y 55/100 Soles) más IGV, así como los intereses que se devenguen desde que el presente laudo quede firme hasta la fecha efectiva de pago.

SEGUNDO.- Declárese que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

TERCERO.- Declárese que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

CUARTO.- Declárese **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

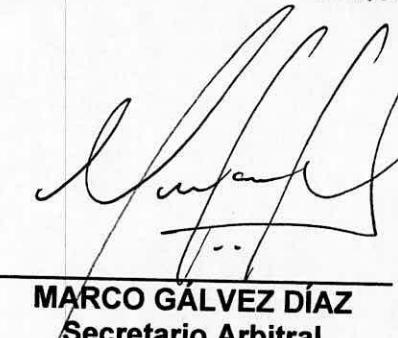
QUINTO.- Cada parte deberá asumir los gastos o costos en que incurrió como consecuencia del presente proceso.

Notifíquese.-


JOSE TALAVERA HERRERA
Presidente del Tribunal Arbitral


LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Árbitro


YAQUIR DANNON LEVY
Árbitro


MARCO GÁLVEZ DÍAZ
Secretario Arbitral