

Expediente n.º 221-62-2011
Consorcio Perú – Provías Nacional

2012 Dic 28 PM 12:57

RECIBIDO
NO SIGNIFICA CONFORMIDAD

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE:

CONSORCIO PERÚ (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el Demandante, indistintamente)

DEMANDADO:

Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – **PROVÍAS NACIONAL** (en adelante, Provías Nacional, la Entidad o el Demandado, indistintamente)

TIPO DE ARBITRAJE: De Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL:

Mario Castillo Freyre (Presidente)
Lourdes Flores Nano
Fernando Cantuarias Salaverry

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje

Resolución n.º 14

En Lima, a los 28 del mes de diciembre del año dos mil doce, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con

la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, por unanimidad, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra n.º 014-2010-MTC/20, de fecha 25 de enero de 2010, en el cual las partes acordaron que las controversias relativas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante arbitraje organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), a cuyas reglas las partes se sometieron.

1.2 Instalación del Tribunal

Con fecha 20 de enero de 2012, se instaló el Tribunal Arbitral constituido por los árbitros, doctor Mario Castillo Freyre como Presidente del Tribunal, y los doctores Lourdes Flores Nano y Fernando Cantuarias Salaverry en calidad de árbitros; con la asistencia de Consorcio Perú y de Provías Nacional.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso arbitral, el Reglamento de Arbitraje del Centro y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo n.º 1071 que Norma el Arbitraje. Asimismo, se estableció que, en caso de discrepancias de interpretación o

de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva del modo que considere apropiado.

III. De la demanda arbitral presentada por Consorcio Perú

- 3.1. Mediante escrito n.º 2, presentado con fecha 10 de febrero de 2012, Consorcio Perú interpone demanda arbitral contra Proviñas Nacional sobre las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Obra n.º 014-2010-MTC/20 (en adelante, el Contrato) para la Obra «Mantenimiento Periódico de la Carretera Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N, ubicada en las provincias de Barranca y Huarmey, de las Regiones Lima y Ancash».

Pretensiones

- 3.2. Como Primera Pretensión Principal, el Consorcio solicita al Tribunal Arbitral que se retire de la liquidación final de obra aprobada por la Entidad, el concepto de Multa por atraso en la entrega de obra, que asciende a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.
- 3.3. Como Segunda Pretensión Principal, el Consorcio solicita que se retire de la liquidación final de obra aprobada por la Entidad, el concepto de Penalidad por cambio de especialista, que asciende a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.
- 3.4. Como Tercera Pretensión Principal, el Consorcio solicita que se reconozca a su favor la suma de S/. 139,449.21 (Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), cantidad que sumada al I.G.V (18%), asciende a la suma de S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por

concepto de gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 03.

- 3.5. Como Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal, el Consorcio solicita que se retire del literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, el concepto de penalidad por multa de atraso en la entrega de obra.
- 3.6. Como Primera Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal, el Consorcio solicita que se retire del literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, el concepto de penalidad por cambio de especialista.
- 3.7. Como Primera Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal, el Consorcio solicita que se ajuste el literal b) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, con el resultado de lo reclamado en la Tercera Pretensión Principal y se reconozca y se pague como saldo a su favor, la suma de S/1'841,259.91 (Un millón ochocientos cuarenta y un mil doscientos cincuenta y nueve con 91/100 Nuevos Soles), que sumada al I.G.V. asciende a la suma de S/.2'172,686.70 (Dos millones ciento setenta y dos mil seiscientos ochenta y seis con 70/100 Nuevos Soles).
- 3.8. Como Segunda Pretensión Accesoria a las Pretensiones Principales Primera, Segunda y Tercera, el Consorcio solicita que se reconozca y pague a su favor, los intereses sobre el saldo de liquidación a que se refiere la Primera Pretensión Accesoria desde la fecha en que ésta debió quedar consentida.
- 3.9. Como Quinta Pretensión Principal,¹ el Consorcio solicita se condene a Proviás Nacional al pago de los costos y costas del proceso arbitral.

¹ Se deja constancia que en la demanda no se consignó pretensión alguna como cuarta pretensión principal.

Antecedentes

- 3.10. Como antecedentes, el Consorcio manifiesta que, con fecha 25 de enero de 2010, las partes suscribieron el Contrato.
- 3.11. El Consorcio manifiesta que, con fecha 4 de julio de 2011, mediante Carta n.º 090-2011-CP/MPCPH/CO, presentó la Liquidación de Obra correspondiente al Contrato, estableciendo un monto final ascendente a S/.81'255,348.78, incluido I.G.V., con un saldo a su favor de S/. 2'113,328.51, incluido I.G.V.
- 3.12. Asimismo, el Consorcio manifiesta que, con fecha 21 de julio de 2007,² mediante Carta n.º 048-2011/CVH/L, la Supervisión, CONSORCIO VIAL HUARMEY (en adelante, la Supervisión), presentó su Informe de Revisión de la Liquidación de Obra, señalando que el costo final de la obra asciende a S/.80'942,190.30, incluido I.G.V., estableciendo un saldo a favor del Contratista de S/.1'800,170.03, incluido I.G.V.
- 3.13. Con fechas 8 y 12 de agosto de 2011, mediante Carta n.º 005-2011-MTC/20.7 y Carta n.º 005-2011-MTC/20.7, Provías Nacional devolvió a la Supervisión toda la documentación presentada, para que proceda a aclarar y subsanar las observaciones realizadas en relación al Adicional n.º 03. En caso contrario, la Entidad solicita que se realice el recálculo de la Ampliación de Plazo n.º 06, aplicando las penalidades que correspondan, requiriendo además que verifique si el Contratista solicitó el cambio del especialista de Medio Ambiente, ingeniero Carlos Carrillo Díaz por el ingeniero Max Calderón Salazar.
- 3.14. Con fecha 23 de agosto de 2011, mediante Carta n.º 051-2011/CVH/L, la Supervisión presentó su Informe de Revisión de la Liquidación de Obra, señalando que el costo final de la obra asciende a S/.81'152,869.37, incluido I.G.V., estableciendo un saldo a favor de la Entidad de S/. 232,485.25, incluido I.G.V.

² El Tribunal Arbitral entiende que existió un error al momento de consignar el año y que se debe entender que la fecha es el 21 de julio de 2011.

- 3.15. Con fecha 2 de septiembre de 2011, mediante Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Provías Nacional aprobó la Liquidación Final de Obra, determinando lo siguiente:
- Costo total de la obra ejecutada asciende a S/.81'150,156.90, incluido I.G.V.
 - Saldo a favor del Contratista S/. 2'008,136.63, incluido I.G.V.
 - Penalidad: S/. 22'43,334.35, sin I.G.V.
 - Saldo en Contra del Contratista (b – c): S/. 235,197.72 incluido I.G.V.
- 3.16. Con fecha 16 de septiembre de 2011, mediante Carta n.º CN 0018-2011/RL/CPP, el Consorcio observó la liquidación aprobada por Provías Nacional.
- 3.17. Con fecha 29 de septiembre de 2011, mediante Oficio n.º 1790-2011-MTC/20, Provías Nacional declara improcedentes los reclamos presentados por el Consorcio.

Sobre la primera pretensión principal

- 3.18. Respecto de la primera pretensión principal, el Consorcio señala que en la Cláusula Décima del Contrato, se establecía la obligación de ejecutar la obra en un plazo de doscientos cuarenta (240) días calendario, contado a partir del día siguiente en que se cumpliesen las condiciones establecidas por el artículo 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicho plazo empezó a computarse a partir del 2 de marzo de 2010, conforme consta en el Acta de Recepción de Obra.
- 3.19. El Consorcio señala que el plazo contractual quedó modificado mediante Resoluciones Directorales n.º 786-2010-MTC/20 (3 días calendario), n.º 886-2010-MTC/20 (50 días calendario), n.º 1407-2010-MTC/20 (50 días calendario) y n.º 103-2011-MTC/20 (18 días calendario), fijándose como

nueva fecha de culminación el 22 de febrero de 2011. Asimismo, la Obra se entregó el 22 de febrero de 2011, es decir, dentro del plazo contractual.

- 3.20. En el Acta Final de Recepción de Obra, de fecha 6 de mayo de 2011, suscrita por el Comité Especial, la Supervisión y el Contratista, se señala lo siguiente:

«FECHA TÉRMINO CONTRACTUAL (INC. AMPLIAC. DE PLAZO n.º 9): 22.02.2011 (SEGÚN R.D. n.º 103-2011-MTC/20 DEL 09.03.2011)
FECHA TÉRMINO REAL: 22.02.2011 (ASIENTO n.º 516 DEL CUADERNO DE OBRA».

- 3.21. A pesar de ello, Proviás Nacional incluyó en la Liquidación de Obra un Formato n.º 24, denominado «Multa por atraso en entrega de obra – Adicional de Obra n.º 03», en el cual se precisó lo siguiente:

«Nota: El atraso de 10 días en la entrega de toda la obra es motivada (sic) por el adicional de obra n.º 03. La ampliación de plazo n.º 6 otorgó 50 DC por ejecución del adicional 03, cuya ejecución real requirió de 40 DC».

- 3.22. Respecto de la procedencia de ampliaciones de plazo, al tratarse de modificaciones en los términos de un contrato suscrito con el Estado, se debe contar con la aprobación de la Entidad contratante, a efectos de que ésta determine si, en efecto, procede que se modifique el plazo contractual a uno que implicaría mayor tiempo al inicialmente previsto.
- 3.23. Una vez que la ampliación de plazo es aprobada, el Contratista se encuentra autorizado para realizar sus prestaciones en un plazo más extenso que el que fue originalmente pactado al momento de la suscripción del contrato.
- 3.24. En el marco de los contratos suscritos bajo la normativa de contrataciones del Estado, para que proceda una ampliación de plazo, se debe seguir el procedimiento establecido por el artículo 201 del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado, el cual tiene por finalidad que la Entidad evalúe y apruebe dicha solicitud.

- 3.25. En caso se determine que procede la ampliación de plazo, la aprobación que emite la Entidad contratante debe materializarse en una Resolución, que determine el periodo de la prórroga. Dicha resolución formará parte integrante del contrato, por lo que deberá ser cumplida de acuerdo a los términos expresados en ella.
- 3.26. En ese sentido, una vez aprobada la solicitud de ampliación de plazo y los días que ésta comprenda, el contrato se regirá por un periodo nuevo, el cual resulta obligatorio y que deberá ser respetado por las partes (Entidad y Contratista) durante toda la relación contractual.
- 3.27. De esta forma, el Consorcio concluye que se cuenta con un nuevo plazo contractual y que se debe aplicar lo dispuesto en el referido artículo 201, en el cual se prevé que el contratista está obligado a remitir un calendario de obra actualizado.
- 3.28. En tal sentido, luego de aprobado el plazo, el Contratista elaborará un nuevo cronograma, en el cual se reprogramarán las actividades que han sido afectadas y este nuevo cronograma será aprobado por la Entidad.
- 3.29. Habiéndose modificado el plazo contractual mediante la aprobación de ampliaciones de plazo, el periodo en el cual el Consorcio debía cumplir con las prestaciones a su cargo en virtud del Contrato de Ejecución de Obra n.º 014-2010-MTC/20, quedaba extendido por periodos mayores a los que fueron previstos al momento de su suscripción.
- 3.30. El plazo de ejecución del referido Contrato se amplió en virtud de las siguientes resoluciones:

(1) Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010, se aprobaron las solicitudes de ampliaciones de plazo n.º

02, 03 y 05, en virtud de las cuales se otorgó tres (03) días naturales y se determinó que la fecha de término de la obra se traslada del 27 al 30 de octubre de 2010.

- (ii) Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de septiembre de 2010, se aprobó la solicitud de ampliación de plazo n.º 06, en virtud de la cual se otorgó cincuenta (50) días calendario; por lo que la fecha de término de la obra se trasladó al 19 de diciembre de 2010.
- (iii) Resolución Directoral n.º 1407-2010-MTC/20, de fecha 22 de diciembre de 2010, se aprobó la solicitud de ampliación de plazo n.º 08, en virtud de la cual se otorgó cincuenta (50) días naturales; por lo que la fecha de término de la obra se trasladó al 4 de febrero de 2011.
- (iv) Resolución Directoral n.º 103-2011-MTC/20, de fecha 8 de febrero de 2011, se aprobó la solicitud de ampliación de plazo n.º 09, en virtud de la cual se otorgó dieciocho (18) días naturales, por lo que la fecha de término de la obra se trasladó al 22 de febrero de 2011.

3.31. Mediante Asiento n.º 516 del Cuaderno de Obra, de fecha 22 de febrero de 2011, el Consorcio comunicó la culminación de sus prestaciones, de acuerdo a lo siguiente:

«Comunicamos a Supervisión que el día de hoy se ha concluido con los trabajos contemplados en el Expediente Técnico, materia del Contrato n.º 014-2010-MTC/20 por lo que agradeceremos comunicar a Proviás Nacional a fin de que se forme la comisión de Recepción de Obra».

3.32. Por su parte, tal como se ha señalado en el Considerando 3.20 del presente Laudo, en el Acta de Recepción de Obra, de fecha 6 de mayo de 2011, se consigna que la fecha de término real fue el 22 de febrero de 2011.

- 3.33. En tal sentido, el Consorcio afirma que cumplió con culminar los trabajos pertenecientes a la obra en la oportunidad pactada en el Contrato, es decir, el 22 de febrero de 2011.
- 3.34. Por otro lado, el Consorcio precisa que del análisis de las Resoluciones Directorales que aprueban las ampliaciones de plazo, se advierte que por error se determinó que la fecha de culminación sería el 22 de febrero de 2011, siendo que lo que correspondería era el 25 de febrero de 2011.
- 3.35. En torno a la multa por atraso en la entrega de la obra que fue incluida en la Liquidación de Obra por parte de Proviñas Nacional, el Consorcio señala que la ampliación de plazo otorgada producto del Adicional de Obra n.º 03, tiene sustento en la Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, la cual, a su vez, se sustenta en el Informe n.º 148-2010-MTC/20.7.1.JND.
- 3.36. En los referidos documentos, se determina que el plazo de ampliación por dicho adicional sería de sólo cincuenta (50) días, de los cincuenta y ocho (58) días que fueron solicitados por el Consorcio. Y, en virtud de ello, se resolvió aprobar la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 06.
- 3.37. El Consorcio señala que la Entidad no puede soslayar que emitió un documento que determinaba que el plazo del Contrato quedaba ampliado; siendo que en base al plazo determinado en la Resolución n.º 886-2010-MTC/20, fue que se logró calcular la fecha relativa a las Ampliaciones de Plazo n.ºs 08 y 09, fijándose como fecha de término de obra el 22 de febrero de 2011.
- 3.38. El Consorcio indica que la Entidad no puede exigir que para la ejecución del Contrato rija un plazo que no se encontraba considerado en los documentos que formaron parte integrante del mismo.
- 3.39. En tal sentido, el Consorcio manifiesta que Proviñas Nacional no puede pretender reducir el plazo de ejecución al momento de la liquidación,

cuando el Contratista ya había entregado la obra de acuerdo al plazo que regía hasta ese momento.

Sobre la imposición de penalidades

- 3.40. Respecto a la imposición de penalidades al Contratista, el Consorcio sostiene que sólo procede por retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones.
- 3.41. La normativa de contrataciones del Estado prevé que para los contratos suscritos bajo su ámbito de aplicación pueden considerarse dos tipos de penalidades: (i) penalidad por mora en la ejecución de la prestación, que se aplica ante el incumplimiento de prestaciones en la oportunidad prevista; y (ii) otras penalidades, que se aplican ante supuestos previstos expresamente en el Contrato o en las Bases del proceso de selección, cuestión que no es objeto del presente arbitraje.
- 3.42. Asimismo, el Consorcio señala que a los contratos suscritos con el Estado se aplican de manera supletoria las normas del derecho privado. De esta forma, en el artículo 1361 del Código Civil se establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, lo que incluye penalidades. En tal sentido, las penalidades deberán aplicarse de acuerdo a lo establecido en el Contrato o, en su defecto, de acuerdo a lo señalado en la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.43. Con relación a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, de acuerdo al artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad aplica al contratista una penalidad por cada día de atraso, la misma que se deduce de los pagos a cuenta, aplicándose automáticamente de acuerdo a la fórmula prevista.
- 3.44. El referido artículo 165 es aplicable ante la demora del Contratista en la realización de las actividades a las que se obligó; esto es, únicamente si el

Contratista no cumple con realizar sus prestaciones en la oportunidad pactada. En este caso, la fecha pactada de acuerdo con la Resolución emitida por la Entidad era el 22 de febrero de 2011, por lo que si se solicitó la Recepción de Obra en dicha fecha, no hay ningún retraso y no procede penalizar.

- 3.45. El Consorcio cita la Opinión n.º 058-2011/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en donde se señala que la finalidad de la penalidad prevista en el artículo 165 es desincentivar el incumplimiento del Contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
- 3.46. De igual forma, cita la Opinión n.º 027-2010/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en donde se determinó que las penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.
- 3.47. Dicha disposición vinculada a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación fue recogida en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, la cual establece que para su aplicación debe suscitarse un retraso injustificado del contratista en la ejecución de la obra.
- 3.48. El Consorcio manifiesta que cumplió con el plazo pactado, por lo que no se presenta el supuesto previsto en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato ni lo dispuesto en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contratación del Estado, referido a la imposición de penalidades.

Sobre la segunda pretensión principal

- 3.49. El Consorcio señala que durante la ejecución del CONTRATO se contó con la participación del ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz, como Especialista en Medio Ambiente, tal como consta en la Propuesta Técnica.
- 3.50. Sin embargo, Provías Nacional incluyó en la Liquidación de Obra un Formato n.º 25, en virtud del cual se aplican penalidades por una supuesta sustitución del Especialista en Medio Ambiente, ofertado en la Propuesta Técnica sin la previa autorización de la Entidad.
- 3.51. El Consorcio sostiene que los documentos contractuales no prevén la obligación de que el Especialista de Medio Ambiente deba suscribir el Informe Final de Medio Ambiente.
- 3.52. En el Anexo n.º 05 de las Bases de la Licitación Pública n.º 010-2009-MTC/20,³ se establece que el Contratista debería incluir entre sus profesionales a los siguientes:
- Ingeniero Residente.
 - Especialista de Suelos y Pavimentos.
 - Especialista en Metrados Costos y Valorizaciones o Presupuestos.
 - Especialista en Medio Ambiente.
- 3.53. En la Cláusula Séptima del Contrato⁴ se prevé que «para la ejecución de LA OBRA, EL CONTRATISTA utilizará el personal profesional calificado especificado en su Propuesta Técnica, no estando permitido cambios» por lo que en su Propuesta Técnica presentó como Especialista en Medio Ambiente al ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz.

³ Documento que forma parte integrante del Contrato.

⁴ Cabe precisar que, en estricto, la Cláusula Séptima del Contrato no hace referencia al tema de los profesionales ofertado por el Consorcio. En efecto, dicha Cláusula señala que «EL CONTRATISTA declara que se compromete a cumplir las obligaciones derivadas del presente contrato, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento».

En tal sentido, el Tribunal Arbitral entiende que el Consorcio, en realidad, está haciendo referencia a la Cláusula Séptima del documento denominado «Cláusulas Adicionales a la Proforma de Contrato».

- 3.54. Sin embargo, de la revisión del CONTRATO no se advierte ninguna disposición que determine que el Especialista en Medio Ambiente deba suscribir los documentos.
- 3.55. Consta en el Contrato de Locación de Servicios, de fecha 1 de marzo de 2010, que el ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz se comprometió a ejercer el cargo de Ingeniero Especialista en Medio Ambiente en la obra.
- 3.56. Asimismo, se evidencia la participación del ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz por el recibo de honorarios que emitió el profesional, a propósito del servicio prestado. En dicho documento se puede apreciar que el profesional mencionado emite el referido recibo por el concepto de «Asesoría técnica en seguridad y medio ambiente de la obra Mantenimiento periódico de la carretera Panamericana Norte Pativilca – Pontón Quebrada Seca, Ruta 1N».
- 3.57. El Consorcio cumplió con cancelar dicho recibo mediante un cheque emitido a favor del ingeniero Carrillo Díaz.
- 3.58. También, se puede constatar la efectiva participación del ingeniero Carrillo Díaz, al revisar los informes que fueron emitidos durante marzo del 2010 a marzo del 2011 (es decir, durante la ejecución del Contrato n.º 014-2010-MTC/20).
- 3.59. El Consorcio señala que no advierte cuál sería el razonamiento empleado por Proviñas Nacional para sustentar la aplicación de penalidades por una supuesta sustitución del profesional, sin su previa autorización, toda vez que tal como ha quedado acreditado, durante toda la ejecución del Contrato, el ingeniero Carrillo Díaz se desempeñó en el cargo de Especialista en Medio Ambiente.

- 3.60. En tal sentido, la sola omisión de una firma en un documento no puede ser sustento para afirmar una supuesta sustitución de uno de los profesionales que fueron asignados a la Obra por el Consorcio. Ello, toda vez que existen diversos elementos que evidencian que dicho profesional sí desempeñó el cargo de Especialista en Medio Ambiente durante toda la relación contractual, tal como fue pactado y no existe obligación legal ni contractual para que el ingeniero firme los informes.
- 3.61. Que, asimismo, se precisa que Provías Nacional y la Supervisión no emitieron, durante toda la ejecución del Contrato, observación alguna vinculada a una supuesta sustitución de los profesionales ofertados. Ello, teniendo en cuenta que, de conformidad con el numeral 3.5 de las Bases de la Licitación Pública, corresponde al Supervisor controlar la correcta ejecución de las labores del Contratista, así como el cumplimiento de las condiciones fijadas en el Contrato.
- 3.62. Si durante la ejecución del Contrato, el Supervisor advierte que el Contratista no está cumpliendo con las condiciones pactadas con la Entidad, deberá anotar dicha circunstancia en el Cuaderno de Obra, así como comunicar a la Entidad acerca de los incumplimientos que advierte en el desempeño del Contratista.
- 3.63. El Consorcio señala que en el Cuaderno de Obra no consta anotación alguna referida a algún supuesto cambio de Especialista. Asimismo, afirma que tampoco ha recibido comunicación alguna por parte de la Entidad donde conste el supuesto cambio de Especialista.
- 3.64. En tal sentido, Provías Nacional no podía imponer penalidades, afirmando que el Consorcio sustituyó a un Especialista sin la previa autorización de la Entidad, toda vez que dicha circunstancia no se registra como tal, ni le fue comunicada.
- 3.65. Ahora bien, mediante Oficio n.º 132-2011-MTC/20.1, de fecha 17 de agosto de 2011, el Jefe del Órgano de Control Institucional solicita al

Consorcio que envíe el currículum vitae del ingeniero Max Hubert Calderón Salazar, debido a que supuestamente éste se estaría desempeñando como Especialista en Medio Ambiente, en reemplazo del ingeniero Carrillo Díaz, ya que es aquél quien rubrica el Informe de Medio Ambiente.

- 3.66. Sin embargo, mediante Carta n.º CN 0014-2011/RL/CPP, de fecha 30 de agosto de 2011, el Consorcio cumplió con informar que el ingeniero Carrillo Díaz se desempeñó en el cargo de Especialista en Medio Ambiente, siendo que Max Calderón Salazar, quien figuraba en el Informe Final, era el Asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente.
- 3.67. Durante la ejecución del Contrato no se consultó si se había efectuado algún reemplazo en el cargo de Especialista en Medio Ambiente. Sin embargo, como respuesta a la carta precitada, la cual se remitió cuando la obra ya había sido recibida por Provías Nacional, el Consorcio cumplió con informarle que no se había realizado sustitución alguna en dicho cargo.
- 3.68. No hay base alguna para imputar incumplimiento de obligaciones contractuales o para penalizar, en la medida de que el Consorcio ejecutó sus prestaciones en forma adecuada y conforme con los documentos contractuales.

Sobre la tercera pretensión principal

- 3.69. El Consorcio sostiene que mediante Resolución Ministerial n.º 355-2010-MTC/02, de fecha 4 de agosto de 2010, la Entidad aprobó el Presupuesto Adicional n.º 03, el mismo que estableció en su anexo n.º 01, que los Gastos Generales Variables ascienden a la suma de S/.498,343.28 más el

I.G.V.

- 3.70. El Consorcio sostiene que, a pesar de lo anterior, en la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, de fecha 2 de septiembre de 2011, mediante la cual se aprueba la Liquidación elaborada por la Entidad, encontró que en los folios n.º 13 y n.º 14 (Anexo 1 de la citada resolución y Formato n.º 05 Recálculo de las Valorizaciones del Adicional n.º 03), la Entidad no reconoce el 100% de los Gastos Generales Variables aprobados. Sólo se reconoce S/.358,894.07, más I.G.V., dejando de abonar al Contratista la suma de S/.164,550.07 incluido I.G.V.
- 3.71. El Consorcio sostiene que este desconocimiento del 100% del Gasto General Variable se sustenta (conforme consta en el literal B.7. del Informe n.º 186-2011-MTC/20.7.1.JND, de fecha 31 de agosto de 2011, emitido por el Especialista en Conservación Vial IV, ingeniero José Ninapayta de la Rosa) porque el Supervisor expresó que al haber recalculado el plazo aprobado mediante la Ampliación de Plazo n.º 06 de 50 días calendario, a sólo 40 días, éste procedió a recalcular los Gastos Generales del Presupuesto Adicional de Obra n.º 03, correspondiente a los 40 días calendario, es decir, no se abona el íntegro de los Gastos Generales variables por la reducción unilateral del plazo realizada por el Supervisor en el momento de practicar la Liquidación Final.
- 3.72. Mediante Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de agosto de 2010, se aprobó la solicitud de Ampliación de Plazo n.º 06, en virtud de la cual se otorgó cincuenta (50) días calendario para la ejecución del Presupuesto Adicional n.º 03, plazo que operó durante la ejecución del Contrato y que, de ninguna manera, puede ser recalculado unilateralmente ni por la Supervisión ni por la Entidad, después de su ejecución y, menos aún, sin haber notificado al contratista sobre la modificación del plazo inicialmente otorgado.
- 3.73. Según lo establecido en el numeral 29 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los Gastos Generales

Variables se encuentran directamente relacionados con el tiempo de ejecución y puede incurrirse en ellos a lo largo del plazo de ejecución.

- 3.74. El plazo otorgado para el Adicional de Obra n.º 03 fue de 50 días calendario, conforme fue aprobado por la Entidad mediante Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, y no habiéndose reducido dicho plazo, corresponde al Contratista el 100% de los Gastos Generales Variables aprobados mediante Resolución Ministerial n.º 355-2010-MTC/02, de fecha 4 de agosto de 2010.

Sobre las pretensiones accesorias

- 3.75. Con relación al reconocimiento de intereses, el Consorcio sostiene que en las pretensiones accesorias ha solicitado que se condene a Provías Nacional al pago de determinadas sumas de dinero.
- 3.76. El Consorcio manifiesta que dichas sumas corresponden a perjuicios efectivamente sufridos y que una condena a Provías Nacional no podría limitarse al capital demandado, pues ello no toma en cuenta el tiempo transcurrido en este proceso hasta que se dicte el laudo y sea ejecutado.
- 3.77. De ello se evidencia que, para que haya justicia y el Consorcio reciba valores que compensen su patrimonio, debe recibir también los correspondientes intereses de acuerdo con lo establecido en el artículo 262 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Código Civil.
- 3.78. Finalmente, el Consorcio señala que mediante esta pretensión, solicita que el Tribunal se sirva ordenar en el Laudo que, en ejecución de éste, se ordene el pago de intereses, definiendo la fecha a partir de la cual corresponden y según lo establecido en los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil.

IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por Provías Nacional

- 4.1. Con fecha 23 de marzo de 2012, Provías Nacional contesta la demanda interpuesta por el Consorcio.

Antecedentes

- 4.2. El demandado afirma que, con fecha 25 de enero de 2010, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra n.º 014-2010-MTC/20.
- 4.3. Provías Nacional manifiesta que el monto del CONTRATO asciende a S/.67'863,219.90, incluido I.G.V., con precios a abril de 2009 y que el plazo total se fijó en 240 días naturales.
- 4.4. Con fecha 4 de julio de 2011, mediante Carta n.º 090-2011-CP/MPCPH/CO, el Consorcio presentó la Liquidación de Obra, estableciendo un monto final ascendente a S/. 81'255,348.78 incluido I.G.V., con un saldo a su favor de S/.2'113,328.51 incluido I.G.V.
- 4.5. Que, con fecha 21 de julio de 2007,⁵ mediante Carta n.º 048-2011/CVH/L, el Supervisor presentó su Informe de Revisión de la Liquidación de Obra, señalando que el costo final de la obra asciende a S/. 80'942,190.30 incluido I.G.V., estableciendo un saldo a favor del Contratista de S/.1'800,170.03 incluido I.G.V.
- 4.6. Con fechas 8 y 12 de agosto de 2011, mediante Carta n.º 005-2011-MTC/20.7 y n.º 005-2011-MTC/20.7, la Entidad devuelve al Supervisor toda la documentación presentada, para que proceda a la aclaración y subsanación de observaciones realizadas en relación al Adicional n.º 03. Solicita realice el recálculo de la Ampliación de Plazo n.º 06, aplicando las penalidades que correspondan. Además, requiere que verifique si el

⁵ El Tribunal Arbitral entiende que existió un error al momento de consignar el año y que se debe entender que la fecha es 21 de julio de 2011.

contratista solicitó el cambio de especialista de Medio Ambiente, ingeniero Carlos Carrillo Díaz, por el ingeniero Max Calderón Salazar; caso contrario, se deben aplicar las sanciones que correspondan.

4.7. Con fecha 23 de agosto de 2011, mediante Carta n.º 051-2011/CVH/L, la Supervisión presentó su Informe de Revisión de la Liquidación de Obra, señalando que el costo final de la obra asciende a S/.81'152,869.37 incluido I.G.V., y estableciendo un saldo a favor de la Entidad de S/.232,485.25 incluido I.G.V.

4.8. Que, con fecha 2 de septiembre de 2011, mediante Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Provías Nacional aprobó la Liquidación Final de Obra, determinando lo siguiente:

- El costo total de la obra ejecutada asciende a S/. 81,150.90,⁶ incluido I.G.V.
- Saldo a favor del Contratista ascendente a S/. 2'008,136.63, incluido I.G.V.
- Penalidad ascendente a S/. 2'243,334.35, sin incluir I.G.V.
- Saldo en contra del Contratista, ascendente a S/. 235,197.72, incluido I.G.V.

Sobre la primera pretensión principal

4.9. Provías Nacional sostiene que la liquidación presentada por el Consorcio fue remitida al Supervisor para su revisión e informe, en concordancia a su Contrato de Supervisión.

⁶ El Tribunal Arbitral entiende que existió un error, por parte de Provías Nacional, al momento de consignar el monto, ya que en la referida Resolución Directoral figura como costo total de la obra la suma de S/.81'150,156.90.

4.10. Luego de comunicadas algunas observaciones por parte de la Entidad y levantadas por parte de la Supervisión, con fecha 23 de agosto de 2011, mediante Carta n.º 051-2011/CVH/L, la Supervisión remitió a la Entidad la Liquidación de la Obra, en la que incluyó:

- Modificación de la Ampliación de plazo n.º 06, de 50 días calendario otorgados, a 40 días calendario a reconocer, al haberse cumplido la meta del Adicional de Obra n.º 03 y requerirse sólo el 37.59% del monto aprobado (sobredimensionamiento del Presupuesto Adicional n.º 03 en su aprobación).
- Reducción del monto de los mayores gastos generales variables del Adicional de Obra n.º 03, por 40 días calendario, equivalente a S/.358,894.07 sin incluir I.G.V.
- Aplicación de una multa por atraso de obra, ascendente a S/. 2137,734.35 sin incluir I.G.V., al existir un desfase de 10 días calendario en el término de la obra.
- Aplicación de una penalidad ascendente a S/.105.600,00 sin incluir I.G.V., debido al cambio del Especialista de Medio Ambiente sin contar con la autorización de la Entidad.
- Concluyendo que el Costo Total de la Obra asciende a S/. 81'152,869.37 incluido I.G.V.; que el Saldo de Liquidación a favor del Contratista es de S/.2'010,849.10 incluido I.G.V.; que las Multas y Penalidades a descontar ascienden a S/. 2'243,334.35 sin incluir I.G.V. Resultando, finalmente, un saldo neto en contra del Contratista ascendente a S/. 232,485.25 incluido I.G.V.

4.11. Con la información de la Supervisión, con fecha 2 de septiembre de 2011, la Entidad emitió la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, por la cual aprueba la Liquidación del Contrato de Obra, indicando que el costo de la obra asciende a la suma de S/.81'150,156.90 incluido I.G.V.; que el saldo a favor del Contratista asciende a la suma de S/.1'008,136.63

incluido I.G.V.; que las penalidades ascienden a un total de S/. 2'243,334.35 sin incluir I.G.V., y resultando un saldo en contra del Contratista ascendente a S/. 235,197.72.

- 4.12. Respecto a la modificación de la Ampliación de Plazo n.º 6, Provías Nacional afirma que mediante la Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de septiembre de 2010, la Entidad otorgó al Contratista la Ampliación de Plazo n.º 06 por 50 días calendario, para la ejecución del Adicional de Obra n.º 03. Dicha ampliación fue aprobada mediante la Resolución Ministerial n.º 355-2010-MTC/02, de fecha 4 de agosto de 2010 por un monto de S/. 7'665,250.26 incluido I.G.V.
- 4.13. Provías Nacional señala que en el presupuesto aprobado del Adicional n.º 03 se consideró gastos generales variables, pero equivalentes, erróneamente, a 60 días calendario.
- 4.14. Asimismo, el demandado manifiesta que la ejecución y correspondiente valorización del Presupuesto Adicional n.º 03 se llevó a cabo a través de seis (6) valorizaciones, en los meses de agosto, octubre, noviembre y diciembre del 2010, y enero y febrero del 2011. Es decir, hasta el último mes de la ejecución de la Obra, evidenciándose al finalizar la obra, que el avance ejecutado total ascendió a S/. 2'881,017.21 incluido IGV, equivalente al 37,59%.
- 4.15. Es decir, el Consorcio sólo valorizó el 37,59% del total del Presupuesto Adicional de Obra n.º 03, el cual fue suficiente para cumplir con los metrados para llegar a la meta prevista, no obstante encontrarse atrasado con respecto al avance programado.
- 4.16. En la Liquidación elaborada por la Supervisión, considerando los metrados finales de la Obra Principal y de los Adicionales de Obra, se calcula que el Adicional de Obra n.º 03 se ejecutó con un sub total de S/. 2'931,733.26 ~~sin incluir~~ I.G.V.; monto que comparado con el sub total del Presupuesto

Adicional n.º 04 asciende a S/. 6'441,386.77 sin incluir I.G.V., equivale al 45,51%.

- 4.17. Con dicha información, la Entidad aprobó la Liquidación de la Obra, mediante Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20.
- 4.18. Si bien la Entidad aprobó una Ampliación de Plazo por 50 días, ésta resulta referencial debido a que conforme lo señala el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Ampliación de Plazo debe ser la que «resulte necesario (a) para la culminación de la obra».
- 4.19. En este caso, se ha producido una disminución de metrados en la ejecución de la obra adicional, lo que implica la ejecución de sólo un 45,51% de la obra prevista; por ello sólo se requería un plazo real de cuarenta (40) días, conforme el cálculo realizado por la supervisión.
- 4.20. En consecuencia, dado que el Contratista terminó la obra luego de los cuarenta (40) días, ha incurrido en atraso de obra, siendo afecto por ello a la penalidad de diez (10) días.
- 4.21. De conformidad con lo establecido por el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al Contratista le corresponde una penalidad por mora de diez (10) días en la ejecución de la prestación, por la suma de S/. 2'137,734.35, monto que fue considerado en la Liquidación de la Obra aprobada por la Entidad.

Sobre la segunda pretensión principal

- 4.22. En la Oferta del Consorcio encontramos en la especialidad de Medio Ambiente, al ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz; sin embargo, a través de los informes mensuales durante todo el proceso de ejecución de obra

(12 meses), se considera a Max Calderón Salazar como especialista de Medio Ambiente. El mencionado cambio no contaba con la autorización de la Entidad.

- 4.23. En la Cláusula Séptima del Contrato,⁷ se estableció que el Contratista utilizará el personal calificado especificado en su Propuesta Técnica y que cualquier cambio llevado a cabo por él será causal de penalidad hasta por un monto máximo del 10% del Contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse.
- 4.24. Por lo tanto, al haber cobrado el Contratista los honorarios por dicho especialista, es necesario que devuelva dicho pago, el cual asciende a S/.105,600.00, los cuales deberá devolver como una penalidad por cobro indebido.
- 4.25. Mediante la Carta n.º CN 0014-2011/RL/CPP, de fecha 3 de septiembre de 2011, el Consorcio se pronuncia respecto a los Oficios n.º 132 y n.º 135-2011-MTC/20.1, indicando que el ingeniero Carrillo Díaz no ha sido remplazado y que la suscripción de los informes por parte del ingeniero Calderón Salazar se efectuó en calidad de Asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente.
- 4.26. Provías Nacional advierte que ambas partes reconocen que el ingeniero Carrillo Díaz ha sido el profesional propuesto y que el ingeniero Calderón Salazar, en calidad de Asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente, ha suscrito los informes que debió suscribir el primero.

⁷ Cabe precisar que, en estricto, la Cláusula Séptima del Contrato no hace referencia al tema de los profesionales ofertado por el Consorcio. En efecto, dicha Cláusula señala que «EL CONTRATISTA declara que se compromete a cumplir las obligaciones derivadas del presente contrato, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento».

En tal sentido, el Tribunal Arbitral entiende que Provías Nacional, en realidad, está haciendo referencia a la Cláusula Séptima del documento denominado «Cláusulas Adicionales a la Proforma de Contrato».

- 4.27. La participación de un profesional obedece a una necesidad en la ejecución de la obra, por lo que las acciones que desarrolle deben estar plasmadas en informes que garanticen la idoneidad del mismo. Esto sólo puede darse mediante un documento debidamente suscrito por el profesional propuesto.
- 4.28. La participación de un Asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente es una potestad del Contratista, quien puede diseñar su propia estructura organizativa, pero siempre bajo las órdenes y responsabilidad del profesional asignado; no siendo, por tanto, relevantes las acciones o informes que pueda emitir el personal de la mencionada organización.
- 4.29. El Contratista, al sostener que resulta válido el informe del mencionado asistente, está reconociendo que éste viene realizando funciones del Titular; que, en buena cuenta, lo está remplazando.
- 4.30. Por otro lado, el demandado señala que los pagos efectuados mediante valorizaciones son pagos a cuenta, ya que es en el proceso de liquidación en donde se revisa si los servicios prestados por el Contratista han cumplido con las condiciones contractuales y, entre ellas, la relativa a la participación de profesionales.
- 4.31. En ese sentido, de comprobarse que se han efectuado pagos irregulares, se debe proceder a descontar los intereses por pago indebido efectuado y adicionar a ello la penalidad por sustitución del profesional.
- 4.32. En conclusión, Provías Nacional considera que tendría asidero legal la aplicación de una penalidad, el descuento de lo pagado y de los intereses que se han producido por el indebido pago. Ello, dado que a través de las valorizaciones de obra, el Contratista cobró —en los gastos generales— los honorarios de ese especialista, por lo que es justo que el Consorcio devuelva tal pago.

- 4.33. Por esta razón, a partir del análisis de gastos generales del Contratista, Provías Nacional determinó la penalidad por 12 meses de cobro indebido, ascendente a S/. 105,600.00, el mismo que fue considerado en la Liquidación de la Obra.

Sobre la tercera pretensión

- 4.34. Provías Nacional sostiene habida cuenta de que se ha demostrado que el plazo necesario para la ejecución adicional de la obra era de 40 días, le correspondería el reconocimiento y pago de mayores gastos generales, por tratarse de una ampliación de plazo otorgada en virtud a lo establecido en el numeral 4 del artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.35. Los mencionados gastos generales ya están incluidos en su propio presupuesto, por lo que no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, norma establecida para evitar duplicidad en el pago.
- 4.36. Los gastos generales variables del adicional de obra n.º 03, ascendentes a la suma de S/. 498,343.28 sin incluir I.G.V., fueron calculados por 60 días calendario; sin embargo, se han requerido únicamente 40 días calendario, motivo por el cual se procedió al recálculo de los Gastos Generales Variables que correspondan.
- 4.37. Los gastos generales variables son calculados mediante presupuestos, los cuales son estimaciones y tienen como finalidad dar una idea lo más aproximada posible del importe de su realización, por lo que el costo final puede variar incrementándose o disminuyéndose, de acuerdo a lo que realmente sea necesario para cumplir la finalidad del contrato.

- 4.38. Por esta razón, se modificaron los gastos generales variables considerando la misma estructura de análisis de gastos generales variables del Adicional n.º 3, por el plazo real requerido para la ejecución de la partida de cuarenta (40) días calendario, obteniéndose la suma de S/. 358,894.07, la que se consideró en la Liquidación de la Obra aprobada por la Entidad.

Sobre la pretensión accesoria a la primera pretensión principal

- 4.39. Provías Nacional sostiene que mantiene la posición respecto a la aplicación de la penalidad por multa de atraso en la entrega de la Obra, por la suma de S/.2'137,734.35 sin incluir I.G.V., en base a los argumentos vertidos al absolver las pretensiones precedentes.

Sobre la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal

- 4.40. Provías Nacional manifiesta que mantiene la posición respecto a la aplicación al Contratista, de la penalidad por cambio del Especialista de Medio Ambiente, por la suma de S/.105,600.00 sin incluir I.G.V., en base a los argumentos vertidos al absolver las pretensiones precedentes.

Sobre la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal

- 4.41. Provías Nacional manifiesta que mantiene su posición respecto al monto del Saldo de Liquidación en contra del Contratista, por la suma de S/.235,197.72 incluido IGV, en base a los argumentos vertidos al absolver las pretensiones precedentes.

Sobre la Segunda Pretensión Accesoria a las Pretensiones Principales Primera, Segunda y Tercera

- 4.42. Provías Nacional señala que no corresponde el reconocimiento de intereses, debido a los argumentos antes expuestos.

Sobre la Quinta Pretensión Principal

4.43. Provías Nacional señala que conforme a los argumentos vertidos al absolver la demanda, el Tribunal Arbitral podrá advertir que la demanda carece de argumentos técnicos y jurídicos, por lo que corresponde al demandante asumir los gastos arbitrales que genere el desarrollo del presente proceso.

V. De la Reconvención presentada por Provías Nacional

En su escrito de contestación de demanda ingresado el 23 de marzo de 2012, Provías Nacional propone las siguientes pretensiones reconvencionales:

Primera Pretensión: Que, se le ordene a Consorcio Perú pagar a la Entidad la suma de S/. 76,802.27 incluido IGV por la permanencia del Supervisor durante los 10 días calendario generados desde el 13 al 22 de febrero de 2011.

Segunda Pretensión: Que, de ser el caso que vuestro Colegiado considere que no se debieron incluir en la Liquidación los conceptos reclamados por el Consorcio Perú, el Tribunal ordene la inclusión en la Liquidación de Obra de los siguientes conceptos:

- Multa por atraso en la entrega de obra, que asciende a la suma de S/. 2,137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles) imputable al Contratista.
- Penalidad por cambio de especialista, que asciende a la suma de S/. 105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles) imputable al Contratista.
- Ajuste en contra del Contratista por el monto de S/. 139,449.21 cantidad que sumada al I.G.V. (18%) asciende a la suma de S/. 164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra

No. 03.

Sobre la Primera Pretensión

- 5.1 Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2012, Provías Nacional reconviene, solicitando que el Tribunal Arbitral ordene al Consorcio pagar a la Entidad la suma de S/.76,802.27 incluido I.G.V. por la permanencia del Supervisor durante los 10 días calendario generados desde el 13 al 22 de febrero de 2011.
- 5.2 El plazo del Contrato con las Ampliaciones de Plazo consideradas en la Liquidación, se extendió hasta el 12 de febrero de 2011, siendo que el Supervisor continuó sus labores hasta el 22 de febrero de 2011, fecha en la que el demandante concluyó con la Obra.
- 5.3 Provías Nacional señala que, de conformidad con el artículo 192 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde al Contratista asumir los mayores costos de supervisión que se generen por el atraso en la ejecución de la Obra por causa imputable al Contratista.
- 5.4 Para tal efecto, el demandado adjunta en calidad de medio probatorio el Cuadro que detalla la cuantificación, realizada por este concepto.

Sobre la Segunda Pretensión

- 5.5 Provías Nacional señala que en caso este Tribunal Arbitral considere que no se debieron incluir en la Liquidación los conceptos reclamados por el Consorcio, se ordene la inclusión en la Liquidación de Obra de los siguientes conceptos:

- Multa por atraso en la entrega de obra, que asciende a la suma de S/.2'137,734.35, imputable al Contratista.

- Penalidad por cambio de especialista, que asciende a la suma de S/.105,600.00, imputable al Contratista.
 - Ajuste en contra del Contratista, por el monto de S/.139,449.21, cantidad que sumada al I.G.V. (18%), asciende a la suma de S/.164,550.07, por concepto de gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 03.
- 5.6 Los montos incluidos en la Liquidación aprobada mediante Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, gozan de sustento técnico y jurídico, tal y conforme se ha acreditado al contestar cada una de las pretensiones interpuestas por la demandante.

VI. De la Contestación a la Reconvención presentada por Consorcio Perú

- 6.1 Con fecha 26 de abril de 2012, el Consorcio contesta la reconvención interpuesta por Proviñas Nacional.

Sobre la primera pretensión

- 6.2 El Consorcio manifiesta que entregó la Obra dentro del plazo contractualmente establecido, es decir, el 22 de febrero de 2011 y en estricto cumplimiento de las Resoluciones que aprobaron las ampliaciones de plazo; a saber: Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, Resolución Directoral n.º 1407-2010-MTC/20 y Resolución Directoral n.º 103-2011-MTC/20.
- 6.3 El Consorcio manifiesta que de las resoluciones antes mencionadas y de la suma de las ampliaciones de plazo consideradas en cada una de ellas, se concluye que la fecha de entrega de la obra fue el 22 de febrero de 2011.

- 6.4 Asimismo, el Consorcio señala que Proviás Nacional aprobó formalmente la extensión de los plazos de ejecución contractual, en base a las solicitudes presentadas por el demandante, de conformidad con el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.5 El Consorcio indica que luego de que la Entidad emitiera la última Resolución con la que otorgaba la última ampliación de plazo, se estableció el 22 de febrero de 2011 como fecha de término de la obra. Luego de ello, no existió ningún otro pronunciamiento que modifique el plazo de ejecución contractual.
- 6.6 En ese sentido, de conformidad con el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que los contratos que son suscritos con Entidades del Estado son obligatorios para las partes y que los Adicionales de Obra debidamente aprobados forman parte del Contrato, el plazo a considerar es el consignado en la última ampliación de plazo, aprobada mediante Resolución Directoral n.º 103-2011-MTC/20, es decir, el 22 de febrero de 2011.
- 6.7 El Consorcio señala que la ampliación de plazo n.º 06 se sometió a la evaluación de Proviás Nacional, quien determinó que para el caso del Adicional de Obra n.º 03 serían necesarios sólo 50 días calendario de los 60 días solicitados y, en virtud de ello, se resolvió aprobar dicha solicitud de ampliación de plazo.
- 6.8 Es en base a tales pronunciamientos y a la buena fe de la Entidad, que el Consorcio cumplió con ejecutar el Contrato.
- 6.9 No se puede aprobar un plazo y, luego, al final, pretender que el plazo a ser contabilizado en la Liquidación de Obra sea uno inferior. Por ello, no tiene sustento legal alguno afirmar que la ampliación de plazo resulta «referencial», ya que la Resolución es el medio legalmente establecido para

que la Entidad se pronuncie formalmente respecto de los adicionales de obra.

- 6.10 La Entidad debe atenerse a las formalidades establecidas por el artículo 201 del Reglamento, por lo que, en caso de que efectivamente el plazo de ejecución del adicional de obra hubiera sido menor al otorgado por la Entidad, esta última debió emitir una resolución en la cual se disminuyera el alcance del adicional y se redujera el plazo de ejecución de la obra. Ello no ocurrió, lo cual se corrobora con el Acta Final de Recepción de Obra de fecha 6 de mayo de 2011.
- 6.11 Provías Nacional no puede pretender reducir el plazo de ejecución al momento de la Liquidación de Obra, cuando el Contratista ya había entregado la obra de acuerdo al plazo que regía hasta ese momento.
- 6.12 El Consorcio señala que el momento legalmente establecido para que la Entidad requiera el reconocimiento de cualquier monto o saldo a su favor, es en la Liquidación de Obra y no en una fase posterior; sin embargo, en el presente caso, la Entidad no incluyó en su Liquidación los conceptos que ahora pretende se le reconozca.
- 6.13 En caso la Entidad hubiese considerado que dichos conceptos tenían que reconocerse, debió necesariamente presentar sus observaciones al momento de la Liquidación del Contrato de Obra.
- 6.14 En conclusión, el Consorcio entregó la obra dentro del plazo formalmente otorgado, por lo que de ninguna manera puede alegarse atraso alguno.
- 6.15 De esta forma, al no existir retraso, no puede pretenderse obtener una suma adicional por la permanencia del Supervisor durante los 10 días calendario generados desde el 13 al 22 de febrero de 2011.

- 6.16 El Consorcio cumplió con entregar la obra en el plazo formalmente aprobado; por consiguiente, el Supervisor no permaneció en la obra más tiempo que el aprobado por la Entidad.

Sobre la segunda pretensión

- 6.17 Dado que esta es una contraposición a la primera, segunda y tercera pretensiones principales del Consorcio, si es que este Tribunal Arbitral declara fundadas éstas, la pretensión de Proviñas Nacional deberá ser declarada improcedente.

VII. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

- 7.1 Con fecha 4 de junio de 2012, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de los representantes de Consorcio Perú y de Proviñas Nacional.
- 7.2 En ese acto, conforme a lo establecido en el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje, el Tribunal Arbitral invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, cada una de ellas señaló que no era posible. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que logren tal acuerdo en cualquier etapa del arbitraje.
- 7.3 Acto seguido, el Tribunal Arbitral, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos, de conformidad con el literal b del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje. Dichos puntos son los siguientes:
- a) Respecto a la demanda presentada con fecha 10 de febrero de 2012 y a su contestación presentada con fecha 23 de marzo de 2012:

1. Determinar si corresponde o no ordenar que se retire de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de multa por atraso en la entrega de obra, ascendente a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.
2. De resolverse favorablemente lo señalado en el punto 1, determinar si corresponde o no que se ajuste el literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, retirando el concepto de penalidad por multa de atraso en la entrega de obra.
3. Determinar si corresponde o no ordenar que se retire de la liquidación final de obra aprobada por la Entidad, el concepto de penalidad por cambio de especialista, ascendente a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.
4. De resolverse favorablemente lo señalado en el punto 3, determinar si corresponde o no que se ajuste el literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, retirando el concepto de penalidad por cambio de especialista.
5. Determinar si corresponde o no que se reconozca a favor del Consorcio la suma de S/.139,449.21 (Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), la cual más I.G.V. (18%) asciende a la suma de S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 3.
6. De resolverse favorablemente lo señalado en el punto 5, determinar si corresponde que se ajuste el literal b) del Artículo Primero de la

Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, con el resultado reclamado en dicho punto y se reconozca y pague como saldo a favor del Consorcio, la suma de S/.1'841,259.91, la cual más I.G.V. asciende a la suma de S/. 2'172,686.70.

7. De resolverse favorablemente los puntos 1, 3 y 5, determinar si corresponde o no que se reconozca y pague al Consorcio los intereses sobre el saldo de liquidación a que se refiere el punto 6, desde la fecha en que debió quedar consentida.
- b) De la Reconvención presentada con fecha 23 de marzo de 2012 y de su contestación presentada con fecha 26 de abril de 2012:
 1. Determinar si corresponde o no que se ordene al Consorcio pagar a la Entidad la suma de S/.76,802.27 (Setenta y seis mil ochocientos dos con 27/100 Nuevos Soles) incluido el I.G.V., por la permanencia del Supervisor durante 10 días calendario, desde el 13 al 22 de febrero de 2011.
 2. De ser el caso que se declare que no se debieron incluir en la Liquidación los conceptos reclamados por el Consorcio, determinar si corresponde o no que se ordene la inclusión en la Liquidación de Obra, de los siguientes conceptos:
 - Multa por atraso en la entrega de obra, ascendente a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles) imputable al Contratista.
 - Penalidad por cambio de especialista ascendente a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles).

- Ajuste en contra del Contratista, ascendente a la suma de S/.139,449.21 (Ciento treinta nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), que más I.G.V. ascienden a la suma S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto de gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º3.

c) Respecto de las costas y costos:

Determinar quién y en qué proporción debe asumir los costos arbitrales.

7.4 Posteriormente, se admitieron los siguientes medios probatorios:

- **Demanda**

De parte del Consorcio: Los documentos ofrecidos en el Primer Otrosí Digo de su escrito de demanda, presentado con fecha 10 de febrero de 2012, identificados del numeral 4 al 21, los cuales se acompañan en calidad de Anexos del 2 al 19.

- **Contestación**

De parte de Provías Nacional: Los documentos ofrecidos en su escrito de contestación, presentado con fecha 23 de marzo de 2012, que han sido identificados dentro del Acápite III. Medios Probatorios y Anexos, así como en el índice adjunto a dicho escrito, los cuales se acompañan en calidad de Anexos.

Asimismo, el medio probatorio consistente en la declaración testimonial del Jefe de Supervisión o a quien designe el Supervisor de la Obra, Consorcio Vial Huarmey, a efectos de que informe sobre los

hechos que generaron el inicio de las controversias planteadas en el presente arbitraje.

- **Reconvención**

De parte de Proviás Nacional: Los documentos ofrecidos en su escrito de Reconvención, presentados con fecha 23 de marzo de 2012, que han sido identificados dentro del Acápite Medios Probatorios como Anexo 13 del índice que se adjunta, así como los medios probatorios ofrecidos en la contestación, los cuales se acompañan en calidad de Anexos.

- **Contestación a la Reconvención**

El Consorcio en la contestación a la reconvención no ofreció medios probatorios adicionales.

- 7.5 El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, si es que lo considerase necesario para esclarecer la controversia, o a citar a las partes a audiencias adicionales para la misma finalidad.
- 7.6 En esta Audiencia, el Tribunal consideró conveniente la realización de una Audiencia de Ilustración, a efectos de que las partes sustenten los hechos, la prueba y el derecho respecto de los diferentes puntos controvertidos.

VIII. Audiencia de Declaración Testimonial e Ilustración de Hechos y Otros

- 8.1 En el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, este Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Declaración Testimonial e Ilustración para el 12 de julio de 2012, pero por motivos de

fuerza mayor el Tribunal decidió reprogramarla, mediante la Resolución n.º 7, para el día 19 de julio de 2012.

- 8.2 La Audiencia de Declaración Testimonial e Ilustración se llevó a cabo el 19 de julio de 2012 y tuvo como finalidad actuar la declaración del ingeniero Rogelio Quiroz Chávez, ofrecida como medio de prueba por Proviás Nacional.
- 8.3 Finalizada la declaración testimonial, el Tribunal Arbitral prosiguió con la Audiencia de Ilustración de Hechos, por lo que otorgó el uso de la palabra a cada parte, luego de lo cual el Tribunal efectuó las preguntas que consideró pertinentes. Las partes las absolvieron exponiendo sus respectivos argumentos.
- 8.4 Mediante escrito ingresado el 24 de julio de 2012, Proviás Nacional cumplió con presentar diversa prueba documental requerida por el Tribunal Arbitral. El Consorcio hizo lo propio mediante escrito ingresado el 2 de agosto de 2012. Tanto Proviás Nacional como el Consorcio mediante escritos ingresados el 15 de agosto y el 10 de agosto de 2012, respectivamente, absolvieron el traslado de estos medios probatorios, luego de lo cual este colegiado los admitió.

IX. Cierre de Etapa Probatoria y Alegatos

- 9.1. Mediante la Resolución n.º 9, de fecha 20 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral declaró finalizada la Etapa Probatoria. Asimismo, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días para que presenten sus conclusiones o alegatos escritos.
- 9.2. Con fecha 7 de septiembre de 2012, las partes presentaron sus alegatos escritos.

X. Audiencia de Informes Orales

- 10.1. Con fecha 9 de octubre de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral, así como con la asistencia de las partes. Asimismo, se otorgó a las partes el uso de la palabra, a fin de que expongan sus posiciones en torno a la controversia y los argumentos que las sustentan. Luego de ello, se dio la oportunidad de hacer uso de la réplica y dúplica, a través de las cuales las partes efectuaron las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes.

XI. Plazo para laudar

- 11.1 Mediante Resolución n.º 12, de fecha 26 de octubre 2012, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales, para emitir el laudo arbitral.
- 11.2 Antes del vencimiento de este plazo (18 de diciembre de 2012), el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 13 de 7 de diciembre de 2012, amplió por treinta (30) días hábiles el plazo para laudar. Este segundo y último plazo vencerá el 31 de enero de 2013.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la controversia, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes. Este colegiado destaca que cada parte designó a un árbitro y entre los dos árbitros se nombró al Presidente del Tribunal Arbitral. Las partes en momento alguno han impugnado este mecanismo de designación de árbitros y tampoco han recusado a uno o más de los árbitros.

- Que en momento alguno se ha reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que el Consorcio presentó su demanda dentro del plazo dispuesto.
- Que Proviás Nacional fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó e inclusive, reconvino.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar sus informes finales e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro. Estando a lo dispuesto en dicho Reglamento, 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.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Teniendo en cuenta los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral en la Audiencia respectiva, de fecha 4 de junio de 2012, es preciso:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR QUE SE RETIRE DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA, APROBADA POR LA ENTIDAD, EL CONCEPTO DE MULTA POR ATRASO EN LA ENTREGA DE OBRA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.2'137,734.35 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 35/100 NUEVOS SOLES), POR CARECER DE SUSTENTO LEGAL Y CONTRACTUAL

Posición del Tribunal Arbitral

1. Que la Cláusula Décima del Contrato de Ejecución de Obra n.º 014-2010-MTC/20 (en adelante, el Contrato) establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMA: PLAZOS
(...)

10.2. INICIO Y TÉRMINO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN
EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar LA OBRA materia de este Contrato, en un plazo de Doscientos Cuarenta (240) días calendario, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184 de EL REGLAMENTO y acorde a lo dispuesto en el Numeral 1.11 del Capítulo I de las Bases Integradas de Licitación.

El plazo sólo podrá ser ampliado en los casos contemplados en el Artículo 200 de EL REGLAMENTO. (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, las partes pactaron un plazo para que el deudor (el Contratista) cumpla con su obligación de hacer que termina en dar (la ejecución de la obra). Asimismo, las partes pactaron que dicho plazo sólo se podía ampliar de acuerdo a lo establecido por el artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento),⁸ precepto que regula las causales de ampliación de plazo.

⁸ Reglamento aplicable, de conformidad con lo establecido por la Cláusula Tercera del Contrato.

Que, sobre el particular, se debe tener presente que el artículo 1148 del Código Civil, establece que «el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso».

Que, de existir plazo (como en el presente caso), la obligación deberá ejecutarse dentro del mismo. Si el plazo fuese suspensivo, a partir del mismo, y si fuese resolutorio, hasta el advenimiento del mismo. Si la obligación se ejecuta dentro del plazo, se considerará que ha habido un cumplimiento oportuno de la misma (pago).⁹

2. Que, a lo largo de la ejecución de la obra, se tramitaron las siguientes ampliaciones de plazo:

- (i) Ampliación de plazo n.º 1: declarada improcedente mediante Resolución Directoral n.º 403-2010-MTC/20, de fecha 7 de mayo de 2010.
- (ii) Ampliación de plazo n.º 2: declarada procedente en parte mediante Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010. Se otorgó uno (1) de los dos (2) días calendario solicitados.
- (iii) Ampliación de plazo n.º 3: declarada procedente mediante Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010. Se otorgó un (1) día calendario.
- (iv) Ampliación de plazo n.º 4: declarada improcedente mediante Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010.

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestras Editores S.A.C., 2008, p. 191.

- (v) Ampliación de plazo n.º 5: declarada procedente mediante Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010. Se otorgó un (1) día calendario.
- (vi) Ampliación de plazo n.º 6: declarada procedente en parte mediante Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de septiembre de 2010. Se otorgó cincuenta (50) de los cincuenta y ocho (58) días solicitados.
- (vii) Ampliación de plazo n.º 7: declarada improcedente mediante Resolución Directoral n.º 1147-2010-MTC/20, de fecha 3 de noviembre de 2010.
- (viii) Ampliación de plazo n.º 8: declarada procedente en parte mediante Resolución Directoral n.º 1407-2010-MTC/20, de fecha 22 de diciembre de 2010. Se otorgó cincuenta (50) de los sesenta (60) días solicitados.
- (ix) Ampliación de plazo n.º 9: declarada procedente en parte mediante Resolución Directoral n.º 103-2011-MTC/20, de fecha 9 de febrero de 2011. Se otorgó dieciocho (18) de los veintiún (21) días solicitados.
3. Que, incluso, en las propias Resoluciones Directorales se fijaba expresamente cómo se modificaba la fecha de término de la obra; a saber:
- En la Resolución Directoral n.º 786-2010-MTC/20, de fecha 10 de agosto de 2010, se señala que el término de la obra se trasladó del 27 de octubre de 2010 al 30 de octubre de 2010.
 - En la Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de septiembre de 2010, se señala que el término de la obra se trasladó al 19 de diciembre de 2010.

- En la Resolución Directoral n.º 1407-2010-MTC/20, de fecha 22 de diciembre de 2010, se señala que el término de la obra se trasladó del 19 de diciembre de 2010 al 4 de febrero de 2011.
 - En la Resolución Directoral n.º 103-2011-MTC/20, de fecha 9 de febrero de 2011, se señala que el término de la obra se trasladó del 4 de febrero de 2011 al 22 de febrero de 2011.
4. Que, por ello, en el Acta Final de Recepción de Obra, de fecha 6 de mayo de 2011, se señalan las siguientes fechas:
- | | |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| - Fecha de inicio: | 2 de marzo de 2010 |
| - Fecha de término programado: | 27 de octubre de 2010 |
| - Fecha de término contractual (incluida la Ampliación de Plazo n.º 9): | 22 de febrero de 2011 |
| - Fecha de término real: | 22 de febrero de 2011 |

Que cabe precisar que el Comité de Recepción de la Obra fue designado mediante Resolución Directoral n.º 220-2011-MTC/20, de fecha 7 de marzo de 2011, y que estaba conformado por: (i) el Sub Gerente de la Unidad Gerencial de Conservación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; (ii) el Supervisor de la Unidad Zonal Ancash del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y (iii) el Jefe de Supervisión.

5. Que, en el asiento n.º 516 del Cuaderno de Obra, de fecha 22 de febrero de 2011, el Residente de la Obra señala lo siguiente:

«Comunicamos a Supervisión (sic) que el día de hoy se ha concluido con los trabajos contemplados en el Expediente Técnico, materia del Contrato n.º 014-2010-MTC/20, por lo que agradeceremos comunicar a Proviñas Nacional, a fin de que se forme la Comisión de Recepción de Obra». (El subrayado es nuestro).

Que, por su parte, en el asiento n.º 517 del Cuaderno de Obra, de fecha 23 de febrero de 2011, la Supervisión señala lo siguiente:

«En atención al asiento n.º 516 de fecha 22.02.2011 en que el Contratista indica el término de los trabajos contemplados en el Expediente Técnico, que ha culminado contractualmente el 22.02.2011, la Supervisión (...) comunica a PVN, sobre el citado asiento, a fin de que, habiéndose verificado la culminación de la obra y sus adicionales, se nombre al Comité de Recepción (...). (El subrayado es nuestro).

6. Que, sin perjuicio de todo lo señalado en los Considerandos 1 a 5 del presente Laudo, Provías Nacional aplicó una penalidad al Consorcio por el supuesto atraso en la entrega de la obra.

Que, en efecto, del Formato 24, denominado «Multa por atraso en entrega de obra. Adicional de Obra n.º 03» se desprende que la Entidad imputa un supuesto atraso de 10 días en la entrega de toda la obra; ello, habida cuenta de que la Ampliación de Plazo n.º 06 (derivada del Adicional de Obra n.º 03) otorgó cincuenta (50) días calendario y la ejecución del referido Adicional implicó únicamente cuarenta (40) días calendario.

7. Que, como se puede apreciar, la Entidad —al momento de revisar la Liquidación de la Obra presentada por el Consorcio—¹⁰ pretende desconocer que ella misma aprobó cincuenta (50) días calendario para la ejecución del Adicional n.º 03.

Que, en su oportunidad, la Entidad analizó la solicitud Ampliación de Plazo n.º 06, concediendo únicamente cincuenta (50) de los cincuenta y ocho (58) días solicitados por el Consorcio.

Que, en otras palabras, si bien la Entidad pudo —al momento de analizar dicha solicitud de ampliación de plazo— conceder los cuarenta (40) días que, al momento de analizar la Liquidación de Obra señala eran los

¹⁰ Casi doce (12) meses después de que aprobó la ampliación de plazo. En efecto, recordemos que la Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, fue emitida con fecha 3 de septiembre de 2010; mientras que la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20 (a través de la cual Provías Nacional aprueba su Liquidación de la Obra que incluye la multa por el supuesto atraso) se emitió con fecha 2 de septiembre de 2011.



necesarios para ejecutar el referido adicional, concedió cincuenta (50) días calendario.

8. Que, precisamente, los diez (10) días calendario en los que supuestamente se atrasó el Consorcio, son los días «de más» que la Entidad concedió expresamente, cuando bien pudo autorizar, en su oportunidad, únicamente cuarenta (40) y no cincuenta (50) días.
9. Que, en efecto, tal como se desprende de los considerandos de la propia Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, el Consorcio solicitó cincuenta y ocho (58) días calendario como Ampliación de Plazo n.º 06 y la Supervisión (Consorcio Vial Huarmey) concluye en su Informe que correspondía otorgar únicamente cincuenta (50) días calendario.

Que, incluso, de los referidos considerandos se desprende que el Especialista en Conservación Vial (con la conformidad de la Unidad Gerencial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones)¹¹ concluye en su Informe n.º 148-2010-MTC/20.7.1.JND que procede otorgar al Consorcio una ampliación de plazo de cincuenta (50) días calendario.

Que, finalmente, de los referidos considerandos se desprende que la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, mediante Informe n.º 585-2010-MTC/20.3¹², señala que corresponde conceder la ampliación de plazo otorgando al Consorcio sólo cincuenta (50) días calendario

10. Que, dentro de tal orden de ideas, todas las instancias respectivas (a saber: la Supervisión y las instancias internas de la propia Entidad), concluyeron en que se debía conceder una ampliación de cincuenta (50) y no de cuarenta (40) días calendario.

¹¹ A través del Memorándum n.º 2564-2010-MTC/20.7.

¹² En base a lo informado por la Supervisión y a la opinión técnica del Especialista en Conservación Vial (ya mencionada en el presente considerando).

Que, en tal sentido, si con la concesión de la Ampliación de Plazo n.º 06 en dichos términos, la obra debió estar culminada el 22 de febrero de 2011, no resulta ajustado a Derecho que Provías Nacional pretenda imponer una multa al Consorcio cuando éste sí cumplió con entregar la obra dentro del referido plazo.

11. Que, por otro lado, Provías Nacional ha sostenido que tiene la facultad de aprobar los presupuestos adicionales y deductivos, por lo que también tiene la facultad de disminuir los plazos aprobados para la ejecución de los mencionados presupuestos; ello, de conformidad con lo establecido por el artículo 202 del Reglamento.

Que, sobre el particular, debemos recordar que el referido artículo 202 establece lo siguiente:

«Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual
(...)

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.
(...)».

Que, como se puede apreciar, si bien la norma contempla la posibilidad de que la reducción de prestaciones¹³ afecte el plazo contractual, la norma no establece la posibilidad de que la Entidad reduzca los plazos concedidos ni mucho menos que dicha reducción (en el supuesto de que se pudiera realizar) se produzca cuando la obra ya ha sido terminada y entregada.

12. Que, dentro de tal orden de ideas, Provías Nacional no ha acreditado la existencia de sustento legal o contractual válido que le permita reducir plazos concedidos por ella misma.
13. Que, en consecuencia, al no existir demora en la ejecución de la obligación (entrega de la obra) por parte del Consorcio, no corresponde la imposición

¹³ Facultad que tiene la Entidad, conforme a lo establecido por el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017.

de penalidad¹⁴ alguna por dicho concepto y, en tal sentido, corresponde amparar la primera pretensión principal del Consorcio y ordenar que se retire de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de multa por atraso en la entrega de obra, ascendente a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

DE RESOLVERSE FAVORABLEMENTE LO SEÑALADO EN EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE AJUSTE EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N.º 907-2011-MTC/20, LIQUIDACIÓN DE OBRA, RETIRANDO EL CONCEPTO DE PENALIDAD POR MULTA DE ATRASO EN LA ENTREGA DE OBRA

Posición del Tribunal Arbitral

14. Que, en el ítem II del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 4 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de «que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión».
15. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

¹⁴ Recordemos que, de conformidad con lo establecido por la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, «en caso de retraso injustificado de EL CONTRATISTA en la ejecución de LA OBRA, aquél se hará acreedor de una penalidad por mora (...). (El subrayado es nuestro).

En el presente caso, ni siquiera existió retraso, por lo que no corresponde penalidad alguna por dicho concepto.

16. Que, habiendo sido amparada la primera pretensión principal, corresponde también declarar fundada la pretensión accesoria de dicha pretensión principal y, en consecuencia, corresponde que se ajuste el literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, de fecha 2 de septiembre de 2011, retirando el concepto de penalidad por multa de atraso en la entrega de obra.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR QUE SE RETIRE DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA APROBADA POR LA ENTIDAD, EL CONCEPTO DE PENALIDAD POR CAMBIO DE ESPECIALISTA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.105,600.00 (CIENTO CINCO MIL SEISCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES), POR CARECER DE SUSTENTO LEGAL Y CONTRACTUAL

Posición del Tribunal Arbitral

17. Que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Cuarta del Contrato, éste «está conformado por las Bases Integradas de Licitación, la Oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes».

Que, asimismo, la Cláusula Séptima del documento denominado «Cláusulas adicionales a la proforma de Contrato» establece lo siguiente:

«CLÁUSULA SÉPTIMA: PERSONAL DE EL CONTRATISTA
7.1. Para la ejecución de LA OBRA, EL CONTRATISTA utilizará el personal profesional calificado especificado en su Propuesta Técnica, no estando permitido cambios, salvo por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados (...).
(...)»

El cambio solicitado por EL CONTRATISTA y que no cuente con la aprobación de PROVÍAS NACIONAL y no esté debidamente justificada (sic), será causal de aplicación de la Cláusula Séptima, Sub cláusula 7.2.1. de las Disposiciones Complementarias del presente Contrato». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, las partes pactaron que el Contratista cumpliera con sus obligaciones a través del personal calificado que ofertó

en la Propuesta Técnica. Todo cambio debió ser autorizado por Proviás Nacional.

18. Que, para el caso en concreto, nos centraremos en el Especialista en Medio Ambiente, quien —según el Anexo n.º 09 de la Propuesta Técnica «Experiencia del personal profesional propuesto»— era el ingeniero Carlos Alberto Carrillo Díaz.
19. Que, según el Formato n.º 25 «Penalidad por cambio de especialista sin autorización de la Entidad», el ingeniero Max Hubert Calderón Salazar habría estado desempeñando las funciones que correspondían al ingeniero Carrillo.

Que, incluso, mediante Oficio n.º 132-2011-MTC/20.1, de fecha 17 de agosto de 2011, el Jefe del Órgano de Control Institucional de Proviás Nacional requiere al Consorcio se le proporcione la hoja de vida del ingeniero Calderón, afirmando que éste se habría desempeñado como Especialista de Medio Ambiente en reemplazo del ingeniero Carrillo, «según consta en sus Informes de Obra».

Que, en respuesta al referido Oficio, mediante Carta n.º CN0014-2011/RL/CPP, de fecha 30 de agosto de 2011,¹⁵ el Consorcio señaló que (i) el ingeniero Calderón suscribió informes en calidad de «asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente» y no como especialista; y (ii) que el hecho de que el ingeniero Carrillo no hubiese suscrito los informes mensuales presentados a la Supervisión, no implicaba que no se haya desempeñado en el cargo de Especialista de Medio Ambiente.

20. Que, de la documentación que obra en el expediente que acreditaría que el ingeniero Carrillo sí prestó sus servicios como Especialista de Medio Ambiente, tenemos los siguientes:

¹⁵ Recibida por Proviás Nacional, con fecha 6 de septiembre de 2011.

- Copia del Contrato de Locación de Servicios, de fecha 1 de marzo de 2010,¹⁶ a través del cual el señor Carrillo se obliga con el Consorcio «a ejercer el cargo de Ingeniero Especialista en Medio Ambiente» en la obra materia del presente arbitraje. La duración del contrato es de once (11) meses contados desde la fecha de suscripción y se estableció un único pago ascendente a S/.30,000.00.
 - Copia simple del Recibo por Honorarios n.º 000205, emitido por el ingeniero Carrillo a nombre del Consorcio, con fecha 15 de enero de 2011, por la suma de S/.30,000.00.
 - Copia simple del cheque, de fecha 22 de noviembre de 2011, ascendente a S/.30,000.00, emitido por el Consorcio a favor del ingeniero Carrillo.
 - Copia del Informe Final del Plan de Actividades de Medio Ambiente, de fecha 21 de marzo de 2011, suscrito por el ingeniero Carrillo en calidad de Especialista en Medio Ambiente y por el Residente de la Obra.
21. Que, sobre el particular, cabe precisar que, en el escrito de demanda, el Consorcio hace referencia a diversos informes que habrían sido presentados al Residente entre marzo de 2010 y marzo de 2011, y que fueron suscritos por el ingeniero Carrillo.¹⁷

Que, mediante escrito n.º 4, presentado con fecha 2 de agosto de 2012, el Consorcio presenta los «Informes Mensuales del Especialista de Medio

¹⁶ Cabe precisar que el referido documento no cuenta con fecha cierta.

¹⁷ En el numeral 4.3. de la Carta n.º CN0018-2011/RL/CPP, de fecha 16 de septiembre de 2011, el Consorcio señala que «Observamos esta penalidad por carecer de sustento. De conformidad con lo pactado, el Especialista de Medio Ambiente, era el Ing. Carlos Alberto Carrillo Díaz. Él estuvo presente durante la ejecución de la obra cumpliendo su labor. Adjuntamos a la presente documentos que lo acreditan. Cabe señalar que Carlos Alberto Carrillo Díaz no fue reemplazado, conforme lo acreditamos con las copias de los informes mensuales presentados a nuestro ingeniero Residente, recibo por honorarios profesionales, por lo que no cabe sostener lo contrario». (El subrayado es nuestro).

Ambiente» que fueron entregados al Residente de la Obra. De dicha documentación, se advierte que el ingeniero Carrillo suscribió lo siguiente:

- Plan de Seguridad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente, de fecha 8 de febrero de 2010;¹⁸
- Plan de Seguridad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente, de fecha 21 de octubre de 2009;¹⁹
- Informes de Seguridad y Medio Ambiente, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2010;²⁰ y
- Informes de Seguridad y Medio Ambiente, correspondientes a los meses de diciembre de 2010 y de enero y febrero de 2011.²¹

Que, en relación a los citados documentos, Proviás Nacional precisa que se trata de documentos presentados únicamente al Residente o, en todo caso a la Supervisión, y no han sido presentados a la Entidad.²²

Que, sobre el particular, se debe recordar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad supervisará todo el proceso de ejecución.

Que, de conformidad con lo establecido por el artículo 193 del Reglamento, esta facultad de controlar los trabajos efectuados por el contratista se realiza a través de la Supervisión, que es el representante de la Entidad en la obra.

Que, en efecto, recordemos que, de conformidad con lo establecido por el artículo 190 del Reglamento, toda obra contará de modo permanente y

¹⁸ Únicamente figura la primera hoja del referido Plan.

¹⁹ Páginas 2 a la 76.

²⁰ En el caso de estos informes, la firma la encontramos tanto en los informes como en las hojas de remisión de los referidos Informes por parte del Especialista en Medio Ambiente al Residente de la Obra.

²¹ Únicamente la hoja de remisión del Especialista en Medio Ambiente al Residente de la Obra.

²² Escrito s/n, presentado el 15 de agosto de 2012.

directo con un inspector o un supervisor y que, de conformidad con lo establecido por el referido artículo 193, el Supervisor será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

Que, en tal sentido, el argumento de que los informes suscritos por el ingeniero Carrillo fueron presentados únicamente al Supervisor y no directamente a Proviás Nacional, no resulta válido.

22. Que, por su parte, Proviás Nacional hace referencia al Oficio n.º 132-2011-MTC/20.1., de fecha 17 de agosto de 2011, según el cual de los Informes de Obra se desprendería que el ingeniero Carrillo habría sido reemplazado por el ingeniero Calderón.

Que, mediante escrito s/n, presentado con fecha 26 de julio de 2012, Proviás Nacional presenta «documentos e informes mensuales de obra n.ºs 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12» y «dos documentos tramitados a la Entidad con la valorización de la obra n.º 12, al mes de febrero de 2011 y el Informe de Liquidación de Obra, efectuado por el Supervisor».

Que de dichos documentos se aprecia que se hace referencia al ingeniero Calderón como «Seguridad y Medio Ambiente» y que en ellos no figura el ingeniero Carrillo.

Que, sobre el particular, el Consorcio precisa que son documentos emitidos por la Supervisión y que no se trata de documentos elaborados por el ingeniero Calderón como si fuese el Especialista en Medio Ambiente.²³

Que, en efecto, de la revisión de los referidos documentos, se aprecia que se trata de los adjuntos de los Informes Mensuales elaborados por la Supervisión y que se remiten a Proviás Nacional.

²³ Escrito n.º 6, presentado con fecha 10 de agosto de 2012.

Que, al respecto, el Tribunal Arbitral entiende que los referidos documentos acreditan que el ingeniero Calderón estuvo de manera permanente en la obra (hecho que no ha sido negado por el Consorcio), pero no generan convicción en el Colegiado en el sentido de que dicho profesional hubiese reemplazado al ingeniero Carrillo en el cargo de Especialista en Medio Ambiente, ni que este último nunca hubiese estado en la obra. En otras palabras, no acreditan que el Consorcio hubiese incumplido con su obligación de que dicho profesional estuviera durante toda la ejecución del Contrato.

23. Que, por otro lado, Proviás Nacional tampoco ha acreditado que exista la obligación por parte del Consorcio, de que el Especialista en Medio Ambiente firme todos los informes de obra²⁴ o que el asistente en el Área de Seguridad y Medio Ambiente no pueda suscribirlos.
24. Que, tampoco, Proviás Nacional ha acreditado que al advertir el supuesto cambio de Especialista en Medio Ambiente, requirió al Consorcio el cumplimiento de sus obligaciones.

Que, en efecto, durante la ejecución del Contrato²⁵ no obra anotación alguna en el Cuaderno de Obra en donde se deje constancia del supuesto incumplimiento (el reemplazo del especialista), tampoco obra comunicación dirigida al Consorcio por parte del Supervisor ni de la propia Entidad, a pesar de que, de conformidad con lo establecido por el artículo 47 de la Ley de Contrataciones del Estado, en virtud del derecho de supervisión, «la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas».

²⁴ Cabe precisar que el Consorcio, mediante Carta n.º CN0014-2011/RL/CPP, de fecha 30 de agosto de 2011, ha reconocido que el ingeniero Calderón suscribió informes, aunque en su calidad de «Asistente del Área de Seguridad y Medio Ambiente» y no como el «especialista de Medio Ambiente».

²⁵ Es decir, antes del 22 de febrero de 2011, fecha en que se culminó la obra.

Que, incluso, el hecho de que Proviñas Nacional sostenga que durante todo el proceso de ejecución de la obra, se presentaron informes mensuales de los cuales se desprendería que el ingeniero Carrillo habría sido reemplazado por el ingeniero Calderón, pone en evidencia que ante el supuesto incumplimiento de una obligación del Consorcio, ni la Supervisión ni la Entidad requirieron al contratista para que cumpliera con la obligación que supuestamente habría estado incumpliendo.

25. Que, en consecuencia, al no existir incumplimiento de obligación (al no existir el reemplazo del Especialista en Medio Ambiente) por parte del Consorcio, no corresponde la imposición de penalidad²⁶ alguna por dicho concepto y, en tal sentido, corresponde amparar la segunda pretensión principal del Consorcio y ordenar que se retire de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de penalidad por cambio de especialista, ascendente a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

DE RESOLVERSE FAVORABLEMENTE LO SEÑALADO EN EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE AJUSTE EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N.º 907-2011-MTC/20, LIQUIDACIÓN DE OBRA, RETIRANDO EL CONCEPTO DE PENALIDAD POR CAMBIO DE ESPECIALISTA

Posición del Tribunal Arbitral

26. Que, en el ítem II del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 4 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de «que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que

²⁶ Recordemos que, de conformidad con lo establecido por la Cláusula Décimo Tercera del Contrato, «en caso de retraso injustificado de EL CONTRATISTA en la ejecución de LA OBRA, aquél se hará acreedor de una penalidad por mora (...).» (El subrayado es nuestro). En el presente caso, ni siquiera existió retraso, por lo que no corresponde penalidad alguna por dicho concepto.

carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión».

27. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

28. Que, habiendo sido amparada la segunda pretensión principal, corresponde también declarar fundada la pretensión accesoria de dicha pretensión principal y, en consecuencia, corresponde que se ajuste el literal c) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, de fecha 2 de septiembre de 2011, retirando el concepto de penalidad por cambio de especialista.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE RECONOZCA A FAVOR DEL CONSORCIO LA SUMA DE S/.139,449.21 (CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 21/100 NUEVOS SOLES), LA CUAL MÁS I.G.V. (18%) ASCIENDE A LA SUMA DE S/.164,550.07 (CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA CON 07/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE GASTOS GENERALES VARIABLES VINCULADOS AL ADICIONAL DE OBRA N.º 3

Posición del Tribunal Arbitral

29. Que, mediante Resolución n.º 355-2010-MTC/02, de fecha 4 de agosto de 2010, Proviñas Nacional aprobó el Presupuesto Adicional n.º 03, que incluye S/.498,343.28 por concepto de gastos generales variables.

Que, luego, mediante Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, de fecha 3 de septiembre de 2010, se aprobó parcialmente la ampliación de

plazo n.º 06, otorgando al Consorcio cincuenta (50) de los cincuenta y ocho (58) días solicitados.

Que el artículo primero de la referida Resolución Directoral señala expresamente que la ampliación de plazo se concede «sin el reconocimiento de mayores gastos generales, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional n.º 03, que cuenta con presupuesto específico».

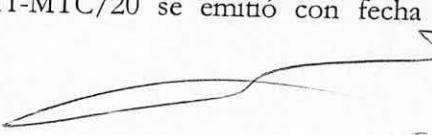
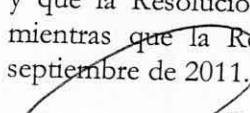
30. Que, en el presente caso, Provías Nacional pretende no pagar el íntegro de los gastos generales variables aprobados en la Resolución n.º 355-2010-MTC/02, sosteniendo que la ejecución del adicional n.º 03 únicamente implicó cuarenta (40) días calendario y que el cálculo de dichos gastos generales se efectuó en base a sesenta (60) días.

Que resulta evidente que la Entidad —al momento de revisar la Liquidación de la Obra presentada por el Consorcio—²⁷ pretende desconocer que ella misma aprobó el Presupuesto Adicional n.º 03 y la ampliación de plazo de cincuenta (50) días calendario para su ejecución.

31. Que, en efecto, la Entidad analizó la solicitud Ampliación de Plazo n.º 06, concediendo únicamente cincuenta (50) de los cincuenta y ocho (58) días solicitados por el Consorcio y no se pronunció sobre reducción alguna de los gastos generales.

Que, en otras palabras, si bien la Entidad pudo —al momento de analizar dicha solicitud de ampliación de plazo— conceder los cuarenta (40) días que, al momento de analizar la Liquidación de Obra señala eran los

²⁷ Casi doce (12) meses después de que aprobó la ampliación de plazo y poco más de trece (13) meses después de que aprobó el Presupuesto Adicional n.º 03. En efecto, recordemos que la Resolución Directoral n.º 886-2010-MTC/20, fue emitida con fecha 3 de septiembre de 2010, y que la Resolución n.º 355-2010-MTC/02, fue emitida con fecha 4 de agosto de 2010; mientras que la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20 se emitió con fecha 2 de septiembre de 2011.



necesarios para ejecutar el referido adicional, concedió cincuenta (50) días calendario.

Que, asimismo, si bien la Entidad pudo —al momento de analizar dicha solicitud de ampliación de plazo— analizar el tema de la reducción de los gastos generales variables, no lo hizo.

Que si la Entidad hubiera analizado el tema de la reducción de los gastos generales variables al momento de emitir su pronunciamiento sobre la ampliación de plazo solicitada, el Consorcio bien pudo cuestionar dicha decisión, de conformidad con lo establecido por el último párrafo del artículo 201 del Reglamento.

Que en tanto Provías Nacional no se pronunció en dicha oportunidad sobre la reducción de los gastos generales variables, brindó seguridad en el Consorcio de que el Presupuesto Adicional n.º 03 se respetaría.²⁸

32. Que, asimismo, debemos reiterar que si bien el artículo 202 del Reglamento contempla la posibilidad de que la reducción de prestaciones²⁹ afecte el plazo contractual, la norma no establece la posibilidad de que la Entidad reduzca los plazos concedidos ni mucho menos que dicha reducción (en el supuesto de que se pudiera realizar) se produzca cuando la obra ya ha sido terminada y entregada. Tampoco contempla la posibilidad de reducir gastos generales variables previamente concedidos, cuando la obra ya se ejecutó y entregó.
33. Que, dentro de tal orden de ideas, Provías Nacional no ha acreditado el sustento legal o contractual válido que le permita reducir plazos concedidos por ella misma, ni reducir (cuando la obra ya se ejecutó y entregó) gastos generales previamente aprobados por ella misma.

²⁸ No debemos olvidar la buena fe que debe existir en el cumplimiento de los contratos.

²⁹ Facultad que tiene la Entidad, conforme a lo establecido por el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017.

34. Que, en consecuencia, al no existir sustento legal ni contractual, no corresponde la reducción de los gastos generales variables ya concedidos por Provías Nacional y, en tal sentido, corresponde que Provías Nacional respete el íntegro de los gastos generales variables que forman parte del Presupuesto Adicional n.º 03 previamente aprobado por la propia Entidad.
35. Que, en tal sentido, corresponde amparar la tercera pretensión principal del Consorcio y ordenar que se reconozca a favor del Consorcio la suma de S/.139,449.21 (Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), la cual más I.G.V. (18%) asciende a la suma de S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto del saldo de los gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 3.

DE RESOLVERSE FAVORABLEMENTE LO SEÑALADO EN EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE SE AJUSTE EL LITERAL B) DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N.º 907-2011-MTC/20, LIQUIDACIÓN DE OBRA, CON EL RESULTADO RECLAMADO EN DICHO PUNTO Y SE RECONOZCA Y PAGUE COMO SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO, LA SUMA DE S/.1'841,259.91, LA CUAL MÁS I.G.V. ASCIENDE A LA SUMA DE S/. 2'172,686.70

Posición del Tribunal Arbitral

36. Que, en el ítem II del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 4 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de «que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión».
37. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

38. Que, habiendo sido amparada la tercera pretensión principal, corresponde también declarar fundada la pretensión accesoria de dicha pretensión principal y, en consecuencia, corresponde que se ajuste el literal b) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, de fecha 2 de septiembre de 2011, y se reconozca y pague como saldo a favor del Consorcio, la suma de S/.1'841,259.91, la cual más I.G.V. asciende a la suma de S/. 2'172,686.70³⁰

DE RESOLVERSE FAVORABLEMENTE LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE RECONOZCA Y PAGUE AL CONSORCIO LOS INTERESES SOBRE EL SALDO DE LIQUIDACIÓN A QUE SE REFIERE LA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DESDE LA FECHA EN QUE DEBIÓ QUEDAR CONSENTIDA

Posición del Tribunal Arbitral

39. Que, como sabemos, los intereses moratorios son aquéllos que constituyen la manera de indemnizar al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor, salvo que también se haya pactado daño ulterior.
40. Que al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, en principio los intereses moratorios deberían computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago —precisamente— de dicha obligación

³⁰ En efecto, en el literal b) del Artículo Primero de la referida Resolución Directoral, se señala como saldo a favor del Contratista la suma de S/.2'008,136.63 (incluido el I.G.V.). A dicho monto hay que sumarle S/.164,550.07 (incluido I.G.V.), correspondiente al saldo de los gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 3 que Proviñas Nacional no pretendía reconocer. La suma de ambos montos da como resultado S/.2'172,686.70.

de dar suma de dinero. En el presente caso, la constitución en mora se habría realizado con la notificación de la demanda.

Que, sin embargo, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje, para efectos de lo dispuesto en el artículo 1334 del Código Civil³¹ que regula la mora en las obligaciones, 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.

Que, en tal sentido, los intereses moratorios se devengan desde la fecha en que se notificó la solicitud de arbitraje; a saber: 14 de noviembre de 2011.

41. Que, por su parte, el artículo 1246 del Código Civil Peruano establece que si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según sea el caso, se tratará del interés compensatorio o del interés legal.³²

Que las partes no han pactado una tasa para el referido interés moratorio, por lo que corresponde aplicar lo establecido por el artículo 1245 del Código Civil, en tanto señala que «cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal».

42. Que, dentro de tal orden de ideas, corresponde declarar fundada en parte la Segunda Pretensión Accesoria de la Primera, Segunda y Tercera Pretensión Principal.

Que, en consecuencia, corresponde que Proviñas Nacional reconozca y pague al Consorcio los intereses moratorios a una tasa legal, devengados

³¹ «Artículo 1334.- En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...).».

³² OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, p. 533.

sobre el saldo de liquidación a que se refiere la Primera Pretensión Accesoria de la Tercera Pretensión Principal,³³ desde la fecha en que se notificó la solicitud de arbitraje.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE AL CONSORCIO PAGAR A LA ENTIDAD LA SUMA DE S/.76,802.27 (SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DOS CON 27/100 NUEVOS SOLES) INCLUIDO EL I.G.V., POR LA PERMANENCIA DEL SUPERVISOR DURANTE 10 DÍAS CALENDARIO, DESDE EL 13 AL 22 DE FEBRERO DE 2011

Posición del Tribunal Arbitral

43. Que el único argumento de Proviñas Nacional para solicitar el pago de los S/.76,802.27, es que el Supervisor tuvo que continuar sus labores hasta el 22 de febrero de 2011 (fecha en que el Consorcio culminó la obra), y que ello se debió al atraso por parte del Consorcio.
44. Que, sobre el particular, debemos recordar que de conformidad con lo analizado en los Considerandos 1 a 13 del presente Laudo, se concluyó que no existió atraso por parte del Consorcio.

Que, en efecto, según las ampliaciones de plazo aprobadas por la propia Entidad, el plazo de ejecución vencía el 22 de febrero de 2011, fecha en la cual se concluyó la misma, de conformidad con lo establecido en el Cuaderno de Obra y en el Acta de Recepción de la Obra.

Que, asimismo, se señaló que si bien el artículo 202 del Reglamento contempla la posibilidad de que la reducción de prestaciones afecte el plazo contractual, la norma no establece la posibilidad de que la Entidad reduzca los plazos concedidos ni mucho menos que dicha reducción (en el supuesto de que se pudiera realizar) se produzca cuando la obra ya ha sido terminada y entregada.

³³ Recordemos que en el Considerando 38 del presente Laudo se estableció la suma de S/.1'841,259.91, la cual más I.G.V. asciende a la suma de S/. 2'172,686.70.

45. Que, dentro de tal orden de ideas, el plazo de ejecución contractual aprobado por la propia Entidad fue hasta el 22 de febrero de 2012, fecha hasta la cual la Supervisión debió prestar sus servicios.

Que, en ese sentido, no existen mayores costos de Supervisión que deban ser imputados al Consorcio y, en consecuencia, se debe desestimar la Primera Pretensión de la reconvención.

DE SER EL CASO QUE SE DECLARE QUE NO SE DEBIERON INCLUIR EN LA LIQUIDACIÓN LOS CONCEPTOS RECLAMADOS POR EL CONSORCIO, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE LA INCLUSIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE OBRA, DE LOS SIGUIENTES CONCEPTOS:

- (I) MULTA POR ATRASO EN LA ENTREGA DE OBRA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.2'137,734.35 (DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 35/100 NUEVOS SOLES) IMPUTABLE AL CONTRATISTA.
- (II) PENALIDAD POR CAMBIO DE ESPECIALISTA ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.105,600.00 (CIENTO CINCO MIL SEISCIENTOS CON 00/100 NUEVOS SOLES).
- (III) AJUSTE EN CONTRA DEL CONTRATISTA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.139,449.21 (CIENTO TREINTA NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 21/100 NUEVOS SOLES), QUE MÁS I.G.V. ASCIENDEN A LA SUMA S/.164,550.07 (CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA CON 07/100 NUEVOS SOLES) POR CONCEPTO DE GASTOS GENERALES VARIABLES VINCULADOS AL ADICIONAL DE OBRA N.º 3.

Posición del Tribunal Arbitral

46. Que, en el ítem II del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, de fecha 4 de junio de 2012, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de «que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión».
47. Que, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 1 a 13 del presente Laudo, el Tribunal Arbitral determinó que no existió demora en la ejecución de la obligación (entrega de la obra) por parte del Consorcio, por lo que no corresponde la imposición de penalidad alguna por dicho concepto.

Que, en consecuencia, este Colegiado ha ordenado que se retire de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de multa por atraso en la entrega de obra, ascendente a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

48. Que, por otro lado, y de conformidad con lo establecido en los Considerandos 17 a 25 del presente Laudo, el Tribunal Arbitral determinó que no existió incumplimiento de obligación (al no existir el reemplazo del Especialista en Medio Ambiente) por parte del Consorcio, por lo que no corresponde la imposición de penalidad alguna por dicho concepto.

Que, en consecuencia, este Colegiado ha ordenado que se retire de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de penalidad por cambio de especialista, ascendente a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

49. Que, finalmente, y de conformidad con lo establecido en los Considerandos 29 a 35 del presente Laudo, el Tribunal Arbitral ha

ordenado que Proviñas Nacional reconozca a favor del Consorcio la suma de S/.139,449.21 (Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), la cual más I.G.V. (18%), asciende a la suma de S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto del saldo de los gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 3.

50. Que, dentro de tal orden de ideas, no se debieron incluir en la Liquidación los conceptos reclamados por el Consorcio, y tampoco corresponde que se ordene su inclusión en la Liquidación de Obra.
51. Que, en consecuencia, corresponde desestimar la Segunda Pretensión de la reconvenCIÓN.

IV. RESPECTO DEL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

Que, en el convenio arbitral pactado en la Cláusula Décimo Octava del Contrato, se prevé la aplicación de los reglamentos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pero guarda silencio acerca de los costos del arbitraje.

Que, sobre este particular, el artículo 104 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, establece que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la imputación de los costos del arbitraje.

Que, para estos efectos, dicho Reglamento dispone que se deberá considerar lo establecido en el convenio arbitral y, de no existir acuerdo al respecto, como en este caso, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje. Sin embargo, la propia norma Reglamentaria señala que «dos árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo consideran atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje».

Que, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y a la libertad que otorga el Reglamento aplicable y considerando el resultado o sentido de este Laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, debiendo apreciarse la especial complejidad de la materia sometida al pronunciamiento de este Tribunal Arbitral, manifestada en las argumentaciones de ambas partes y la abundante documentación aportada por ellas, se considera razonable que:

- (i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido; y
- (ii) En lo que corresponde a los costos administrativos del Centro y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, ellos deben ser asumidos en partes iguales por Provías Nacional y el Consorcio.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aplicables, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional retirar de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de multa por atraso en la entrega de obra, ascendente a la suma de S/.2'137,734.35 (Dos millones ciento treinta y siete mil setecientos treinta y cuatro con 35/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria de la primera pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional retirar del literal C) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, el concepto de penalidad por multa de atraso en la entrega de la obra.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional retirar de la Liquidación Final de Obra, aprobada por la Entidad, el concepto de penalidad por cambio de especialista, ascendente a la suma de S/.105,600.00 (Ciento cinco mil seiscientos con 00/100 Nuevos Soles), por carecer de sustento legal y contractual.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional retirar del literal C) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, el concepto de penalidad por cambio de especialista.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional reconocer a favor del Consorcio la suma de S/.139,449.21 (Ciento treinta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles), la cual más I.G.V. (18%) asciende a la suma de S/.164,550.07 (Ciento sesenta y cuatro mil quinientos cincuenta con 07/100 Nuevos Soles) por concepto del saldo de los gastos generales variables vinculados al Adicional de Obra n.º 3.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria de la tercera pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional:

- (i) ajustar el literal b) del Artículo Primero de la Resolución Directoral n.º 907-2011-MTC/20, Liquidación de Obra, con el resultado de lo reclamado en la tercera pretensión principal; y

(ii) reconocer y pagar como saldo a favor de Consorcio Perú, la suma de S/1'841,259.91 (Un millón ochocientos cuarenta y un mil doscientos cincuenta y nueve con 91/100 Nuevos Soles), que sumada al I.G.V. asciende a la suma de S/.2'172,686.70 (Dos millones ciento setenta y dos mil seiscientos ochenta y seis con 70/100 Nuevos Soles).

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** —en parte— la segunda pretensión accesoria de la primera, segunda y tercera pretensión principal de Consorcio Perú y, en consecuencia, se ordena a Provías Nacional reconocer y pagar a favor de Consorcio Perú los intereses moratorios a una tasa legal, devengados sobre el saldo de liquidación a que se refiere la Primera Pretensión Accesoria de la Tercera Pretensión Principal, desde la fecha en que se notificó la solicitud de arbitraje.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de Provías Nacional.

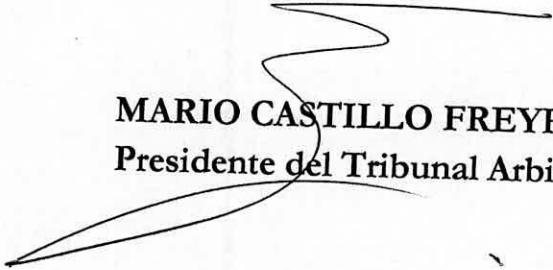
NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de Provías Nacional.

DÉCIMO: **FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/.48,605.35 (Cuarenta y ocho mil seiscientos cinco con 35/100 Nuevos Soles) netos y los gastos administrativos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la suma de S/.13,092.17 (Trece mil noventa y dos con 17/100 Nuevos Soles) más el I.G.V., según liquidaciones practicadas por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

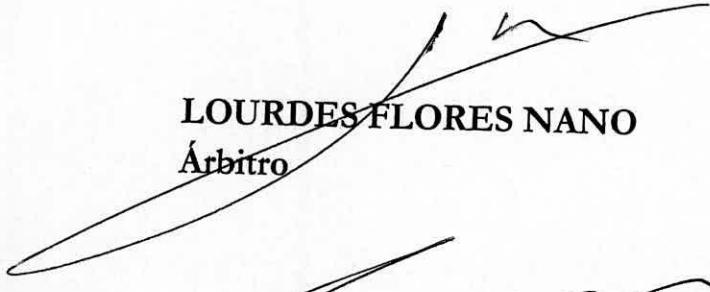
DÉCIMO PRIMERO: En relación a los costos arbitrales, se **ORDENA** que:

(i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido; y

- (ii) Las partes asuman en partes iguales los honorarios arbitrales y los gastos administrativos del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



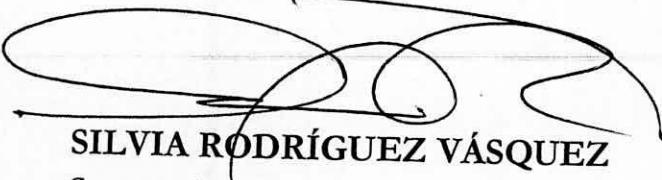
MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral



LOURDES FLORES NANO
Árbitro



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Árbitro



SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ
Secretaria Arbitral