

Exp. N° 140-21-10

Energoprojekt -Johesa y Provías Nacional

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Consorcio Energoprojekt – Johesa (en adelante el **CONSORCIO** o el demandante)

DEMANDADO: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL (en adelante, **PROVÍAS NACIONAL** o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: De Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Dr. José Humberto Abanto Verástegui
Dr. Luis Fernando Pebe Romero
Dr. Randol Edgar Campos Flores

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

[Handwritten signatures and marks]

1

Resolución N° (30)

En Lima, a los 24 días del mes de mayo del año dos mil trece, 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 analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral**1.1 El Convenio Arbitral:**

Está contenido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Ejecución de Obra N°021-2009-MTC/20 de fecha 4 de marzo de 2009 (en adelante EL CONTRATO), en el cual las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante Conciliación y/o Arbitraje.

Asimismo las partes acordaron que el proceso arbitral sería realizado bajo la organización, administración y reglas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CENTRO).

1.2 Instalación de Tribunal Arbitral:

Con fecha 15/10/2010 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por el doctor José Humberto Abanto Verástegui como Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Luis Fernando Pebe Romero y el doctor Randol Edgar Campos Flores, en calidad de árbitros; con la asistencia de ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

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° 1071 que norma el arbitraje.

Se estableció que, en caso de vacío o insuficiencia de la reglas del proceso, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva a su entera discreción.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO ENERGOPROJEKT - JOHESA:

3.1 El CONSORCIO, mediante escrito de fecha 29/11/2010, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación, presentó su demanda arbitral. Mediante Resolución N° 4 de fecha 18/01/11 se requirió al CONSORCIO a fin de que subsane las omisiones de su demanda. El CONSORCIO mediante escrito de fecha 28/01/11 cumple con subsanar las omisiones, ofreciendo los medios probatorios que apoyaron su posición.

3.2 El CONSORCIO, solicita como **primera pretensión** que, se reconozca veinte días adicionales de prórroga de plazo a los 62 días que fueron concedidos por el Contratante, a través de la Resolución Directoral No. 616-2010-MTC/20 de fecha 21 de junio del 2010 (en adelante, la Resolución 616), la misma que corresponde a la séptima solicitud de prórroga de plazo contenida en la Carta CEJ No. 058-2010.CN presentada por el CONSORCIO con fecha 03 de junio del 2010.

3.3 Como **segunda pretensión** el CONSORCIO solicita que, se les conceda gastos generales variables, por el período antes mencionado, los mismos que ascienden a la suma de S/. 2'629,390.68 más IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su

2 7 9 3

cancelación, como consecuencia de los 82 días calendario de ampliación de plazo correspondiente a la séptima solicitud de prórroga de plazo.

3.4 Asimismo, el CONSORCIO solicita, si resultara vencedor del presente proceso arbitral, que PROVÍAS NACIONAL efectúe el reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del proceso.

3.5 Como fundamentos de su primera pretensión el CONSORCIO señala que, con relación a los argumentos expuestos por PROVÍAS NACIONAL, a efectos de conceder solo 62 días de ampliación de plazo, en lugar de los 82 que fueron solicitados por el CONSORCIO, se podrá advertir que:

3.5.1 Del contenido expreso de los considerandos que conforman la Resolución 616, no se aprecia de forma clara la razón por la cual PROVÍAS NACIONAL solo concede 62 días de prórroga de plazo.

3.5.2 En el Informe No. 030-2010-MTC/20.5-JCP, suscrito por el Especialista en Obra de PROVÍAS NACIONAL, en cuyo Numeral II: "Análisis y Consideraciones: De la Supervisión", éste sostiene al describir los comentarios expuestos por el Supervisor, que:

"Asimismo, luego del análisis de documentos y considerar los respectivos metrados, rendimientos, coeficientes de expansión de material y cuadrillas a utilizar, concluye que: se requiere **62 días** para la ejecución del volumen de extracción de material para Base Granular; y **19 días** para el procesamiento de material para Pavimento de Concreto Asfáltico. Sin embargo, estas partidas **pueden ejecutarse de manera simultánea y no son necesariamente consecuentes**; por lo tanto, le corresponde solamente el reconocimiento de 62 días de ampliación de plazo".

3.6 El CONSORCIO considera que el TRIBUNAL debe advertir, que si bien PROVÍAS NACIONAL no discute que la 'causal' invocada por la contratista afecta la ruta crítica prevista en el calendario de avance de obra que rige el presente contrato (en adelante, el CAO), la única controversia que se suscita entre el CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL consiste en determinar la cuantificación de los días en que es afectado el plazo de ejecución de la obra como consecuencia directa de la incidencia técnica que legalmente posee la 'causal' antes mencionada sobre el plazo contractual, pues:

3.6.1 Mientras para el CONSORCIO, dicha afectación asciende a 82 días calendario.

3.6.2 Para PROVÍAS NACIONAL, ésta solo se limita a 62 días.

3.7 Siendo así, el CONSORCIO considera pertinente, a efectos que el TRIBUNAL aprecie en qué consiste la diferencia técnica existente entre las posiciones expuestas por las partes, con relación a la cuantificación de la prórroga de plazo derivada de la 'causal' referida a la ejecución del Presupuesto Adicional No. 03, de acuerdo a los argumentos expuestos, resaltar que la misma se expresaría en el siguiente hecho:

3.7.1 Mientras la contratista suma los efectos que el referido adicional produce sobre la ejecución de la Partida 305.B: **Base Granular** y la Partida: 410.B **Pavimento de Concreto Asfáltico en Caliente**.

3.7.2 PROVÍAS NACIONAL entiende que dicha sumatoria es técnicamente incorrecta, en atención a que ambas Partidas pueden ser ejecutadas de forma simultánea.

3.8 Por ello, el CONSORCIO considera que la argumentación sostenida por PROVÍAS NACIONAL para establecer que la sumatoria efectuada por el CONSORCIO, es incorrecta, y resulta inválida, en la medida que dicha apreciación no tiene en consideración que las Partidas 305.B y 410.B se ejecutan en períodos



diferentes de acuerdo a la programación contenida en el CAO que rige el presente contrato.

3.9 En consecuencia, el CONSORCIO señala que considerar que ambas Partidas pueden ejecutarse de manera simultánea, constituye en esencia: "una desvinculación ilegal e indebida a la programación de actividades constructivas contenidas en el CAO; siendo éste un documento técnico que forma parte integrante del contrato, al cual las partes deben legalmente someterse".

3.10 Siendo así, PROVÍAS NACIONAL carece de atribución legal para unilateralmente dejar sin efecto lo dispuesto en el CAO, o para imponer al CONSORCIO una programación de actividades distinta a la establecida en el documento técnico antes mencionado, más aún cuando el referido documento vincula por igual a ambas partes contratantes, de forma tal que el mismo le resulta legalmente oponible a PROVÍAS NACIONAL, no pudiendo ésta modificarlo o alterarlo de modo alguno, sin el consentimiento expreso de la contratista.

3.11 Asimismo, el CONSORCIO señala que, cuando PROVÍAS NACIONAL sostiene que: "estas partidas pueden ejecutarse de manera simultánea y no son necesariamente consecuentes", supone e implica una desviación ilegal a lo establecido en el CAO que rige el presente contrato, al que PROVÍAS NACIONAL debe someterse, a efectos de no ocasionar una infracción que lesione indebidamente al CONSORCIO.

3.12 Finalmente, el CONSORCIO señala que, se podrá constatar que en el CAO que regula la ejecución contractual de la obra, se encuentra expresamente prevista que la ejecución de las Partidas 305.B y 410.B se efectúan y/o desarrollan de forma consecutiva y no simultánea, de allí que la sumatoria de los efectos ocasionados sobre ambas Partidas, derivada de la ejecución del Adicional No. 03, resulta siendo técnicamente válida, en la medida que la misma es consecuencia directa de un sometimiento expreso a la programación de actividades

constructivas previstas en el calendario de avance de obra que rige el presente contrato.

3.13 Como fundamentos de su segunda pretensión el CONSORCIO sostiene que, con relación a los gastos generales reclamados derivados de la prórroga, materia de la presente controversia, se podrá apreciar que de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se tiene que: "Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario"; por lo que, en atención a ello, la recurrente considera que:

3.13.1 Resulta siendo legalmente oponible a PROVÍAS NACIONAL asumir los mayores gastos generales derivados de la sétima solicitud de ampliación de plazo;

3.13.2 El 'costo' que asume el gasto general variable diario del presente contrato, asciende -por mandato expreso de la 'ley'- a la suma de S/.32,065.74, sin considerar reajustes ni el IGV.

3.14 El CONSORCIO considera que la misma deriva de una apreciación técnicamente incorrecta, por cuanto la programación de los trabajos constructivos que -en sentido estricto- corresponden al adicional No. 03, no han sido previstos que sean sustancialmente ejecutados dentro del período ampliado del contrato derivado de la solicitud de prórroga que es materia de la presente controversia; por lo que PROVÍAS NACIONAL no podría sostener de forma válida que la prórroga solicitada por el CONSORCIO no conlleva el reconocimiento y pago de los gastos generales reclamados como consecuencia de la sétima solicitud de prórroga de plazo, que indica lo siguiente:

2

3

7

9

- En el período ampliado ocasionado por las causales que sustentaron la referida prórroga, el cual asciende a 82 días calendario, solo está programado que se ejecuten partidas que son propias del contrato principal y no del adicional; de forma tal que,
- Los gastos generales que se encuentran incluidos en el referido adicional, además de ser propias e intrínseca de dicho 'adicional', no pueden ser considerados como asignados al período ampliado del contrato derivado de la prórroga de plazo que es materia de la presente controversia

3.15 Siendo así, el CONSORCIO considera pertinente que, el TRIBUNAL aprecie que si bien el adicional antes mencionado, afectó la ruta crítica de la obra conllevando una ampliación de plazo del contrato por 82 días, dicha afectación ocasionó que la ejecución de actividades constructivas correspondientes a Partidas pertenecientes a la obra principal, se desplacen al período ampliado antes referido, siendo que la programación de los trabajos referidos al adicional No. 03 han sido previstos llevarse a cabo luego que el adicional fue aprobado por el Contratante hasta el vencimiento del período que fue programado para su ejecución dentro del expediente bajo el cual ésta fue aprobado por PROVÍAS NACIONAL.

3.16 En consecuencia, el CONSORCIO sostiene que se podrá advertir que si bien el Presupuesto Adicional No. 03, generó una extensión del plazo contractual ascendente a 82 días, ello no implica que se pueda aplicar el supuesto previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

3.17 Además, el CONSORCIO señala que, puesto que el mencionado artículo es solo de aplicación en el caso que el 'adicional' se ejecute dentro del período ampliado que esta misma genera como prórroga de contrato, situación que conforme antes ha sido indicado no ha acontecido en la presente controversia, por

cuanto el referido 'adicional' si bien afectó la ruta crítica de la obra, conllevando una extensión del plazo contractual, al desplazar al período ampliado la ejecución de diversas actividades constructivas correspondientes a Partidas que pertenecen a la obra principal, la ejecución del referido 'adicional' ha sido técnicamente programada dentro del plazo inicialmente previsto en el contrato.

3.18 En ese sentido, el CONSORCIO considera que lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es legalmente inaplicable a la presente controversia.

3.19 Razón por la cual, el CONSORCIO estima que, PROVÍAS NACIONAL no puede oponer su aplicación por las razones que han sido antes señaladas, siendo legalmente válido que se reconozca el íntegro de los gastos generales por el período ampliado derivado de la séptima solicitud de ampliación de plazo, el cual ha incidido sobre el plazo del contrato.

3.20 La demanda presentada por el CONSORCIO con fecha 29/11/10, y subsanada por el mismo el 28/11/10, fue admitida por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 5, de fecha 10/02/11, corriéndose traslado de ésta a PROVÍAS NACIONAL para que efectúe la contestación correspondiente.

IV. De la Contestación a la demanda presentada por PROVÍAS NACIONAL.

4.1 PROVÍAS NACIONAL mediante escrito N° 01 de fecha 30/03/2011, dentro del plazo conferido, presentó su contestación a la demanda arbitral, ofreciendo los medios probatorios que apoyan su posición.

4.2 PROVÍAS NACIONAL respecto de la pretensión del CONSORCIO, niega y contradice los fundamentos expuestos por la parte demandante, y solicita se desestime la demanda declarándola infundada.

4.3 PROVÍAS NACIONAL señala sobre la improcedencia técnica de lo solicitado por el demandante que, la solicitud de arbitraje interpuesta por el CONSORCIO tiene su origen en la disconformidad a lo resuelto por PROVÍAS NACIONAL en la Resolución Directoral N° 616-2010-MTC/20, que declaró improcedente su pedido de Ampliación de Plazo N°07, por 20 días, de los 62 solicitados.

4.4 Asimismo, PROVÍAS NACIONAL subraya que, se debe precisar que la obra estuvo paralizada temporalmente entre el 17 de octubre de 2009 al 02 de mayo del 2010, por no disponibilidad de terrenos y canteras; así como por lluvias en el mes de abril. La obra se reinició el 03 de mayo de 2010 y el mismo 21 del mismo mes se aprobó el presupuesto adicional N°03, el cual considera el inicio de la ejecución de las partidas de concreto a partir del mes siguiente de aprobado dicho adicional. Mediante Resolución Directoral N°471-2010-MTC/20, por "Mayores Metrados de Partidas Nuevas originadas por Cambio de Canteras, Sistema de Extracción para Procesamiento de agregados para Bases, Pavimentos y Obras de Arte de los sectores: Km. 35+000 al 37+680, del Km. 46+960 al Km.50+000 y del Km.55+000 al Km. 80+500(...) "y comunicado al contratista en fecha 21.05.2010.

4.5 Que, el CONSORCIO a través de la Carta CEJ N°058-2009-CN del 03 de junio de 2010 recibida en la misma fecha por la Supervisión, presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N°07 por 82 días calendarios. En la referida carta señala como actividades críticas del Presupuesto Adicional N°03, la ejecución de las siguientes partidas: 305.B Base Granular y 410.B Pavimento de Concreto Asfáltico en Caliente (MAC)

4.6 Por ello, teniendo en cuenta el metrado adicional aprobado para estas dos partidas y los correspondientes al presupuesto deductivo N°02; así como los rendimientos y cuadrillas a utilizar, concluye que requiere 63 días adicionales para procesamiento en cantera de Base Granular y 19 adicionales para procesamiento



de material de Pavimento Asfáltico. Adicionalmente, se deberá advertir que en su opinión estas dos partidas son necesariamente consecuente por lo que el CONSORCIO solicita es el tiempo total representado por la suma de ambos tiempos (13+19), es decir, 82 días calendarios.

4.7 PROVÍAS NACIONAL sostiene que para este presupuesto se consideran días adicionales para procesamiento en cantera material y no para el tendido de Base Granular y Pavimento Asfáltico. Situación que puede verificarse del expediente del CONSORCIO, donde se señala: "(...) Del cuadro anterior podemos ver los días necesarios para producir el material chancado de roca producto de la voladura de las partidas 305.B y 410.B Pavimento de Concreto Asfáltico (...)".

4.8 En ese sentido, luego del análisis de los documentos y considerando los respectivos metrados, rendimientos, coeficientes de expansión material y cuadrillas a utilizar, la Supervisión concluye que se requiere de 62 días para la ejecución del volumen de extracción de material para base granular y 19 días para procesamiento de material para Pavimento de Concreto Asfáltico.

4.9 Sin embargo, PROVÍAS NACIONAL considera que, estas actividades pueden ejecutarse de manera simultánea y no son necesariamente consecuentes; por lo que a partir de su evaluación recomienda que la aprobación se de por 62 días.

4.10 Pues, según PROVÍAS NACIONAL este procesamiento de material en cantera puede efectuarse simultáneamente, en la medida que se puede zarandear material para pavimento asfáltico, mientras se procesa el material para Base granular.

2

7

7

9

4.11 Asimismo, PROVÍAS NACIONAL manifiesta no entender las razones del contratista de pretender confundir al Tribunal al indicar que PROVÍAS NACIONAL intenta imponer una programación distinta a la establecida en el CAO vigente, haciendo mención a la actividad de colocación propia en pista de material de dos partidas aparentemente secuenciales (Base y Pavimento asfáltico), que en todo caso podrían desfasarse por posteriores procedimientos constructivos, más no por procedimientos en cantera.

4.12 La cuantificación de los días en que es afectado el plazo de ejecución de obra por la causal que origina la solicitud de ampliación de Plazo N°07 es de 62 días.

4.13 Al estar aclarado este aspecto técnico, la argumentación de PROVÍAS NACIONAL es correcta, pues hace referencia a la ejecución propia de las partidas, que responden a un programa en el CAO, y a las actividades previas en cantera, para la obtención de los insumos de esta partida.

4.14 PROVÍAS NACIONAL no está imponiendo una programación nueva al contratista, ni modificando el CAO, por lo que no procede la acusación de que la Entidad está ocasionando una infracción que lesiona indebidamente al contratista.

4.15 Respecto de la segunda pretensión señalada por el CONSORCIO, PROVÍAS NACIONAL deja constancia que el contratista en la página 19 de su informe de solicitud de Ampliación de Plazo No. 07, indica que de acuerdo al artículo 259 del Reglamento, el contratista no debe recibir un pago de mayores gastos generales, ya que el Presupuesto Adicional No. 03 cuenta con su presupuesto específico para los gastos generales.



4.16 Sin perjuicio de lo antes mencionado. PROVÍAS NACIONAL señala que la interpretación expuesta por el CONSORCIO, donde señala que el Adicional N° 03 se ejecuta dentro del plazo contractual previsto para la obra, y no dentro del período ampliado ocasionado por la ampliación de plazo N° 07, y que por dicho motivo le corresponde reconocimiento de pago de mayor gasto general por la ampliación otorgada, no está prevista en normativa alguna y desde el punto de vista técnico no puede ser aceptada.

4.17 Por esta razón, PROVÍAS NACIONAL afirma que no se debe admitir la pretensión de reconocimiento del íntegro de los días solicitados como prórroga de plazo del contratista contenido en su Carta CEJ N° 058-2010.CN, por 82 días calendario; toda vez que se ha demostrado que solo están fundamentados 62 días para el procesamiento de material de Base Granular y procesamiento de material de Pavimento asfáltico en cantera, lo cual puede efectuarse de modo simultáneo, sin que ello contradiga el CAO vigente.

4.18 Asimismo, PROVÍAS NACIONAL precisa que, no resulta procedente la pretensión de pago de mayores gastos generales por 82 días adicionales, al establecerse en el Art. 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que existe impedimento de reconocimiento de mayores gastos generales cuando la ampliación de plazo proviene de Presupuestos Adicionales que cuentan con presupuesto específico; menos aún, cuando en su propia solicitud de ampliación de plazo N° 07, confirmó que no le corresponde.

4.19 PROVÍAS NACIONAL sostiene que, si bien se aprobó la ampliación de plazo antes mencionada, no correspondía aprobar los mayores gastos generales, en virtud que esta ampliación obedece a la APROBACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS ADICIONALES DE OBRA 03, LOS CUALES TIENEN SUS PROPIOS GASTOS GENERALES. Razón por la cual, la norma prohíbe

expresamente que se le reconozcan mayores gastos generales porque implicaría una duplicidad de pago, dice la norma:

Artículo 260°.- *Efectos de la modificación del plazo contractual. Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.*

4.20 En este sentido, PROVÍAS NACIONAL señala que, al formularse el Presupuesto Adicional de Obra 03, el CONSORCIO incluyó todos los Gastos Generales que consideró necesarios para la ejecución de los Adicionales. Al emitirse el pronunciamiento de PROVÍAS NACIONAL respecto a la aprobación del Presupuesto Adicional, el CONSORCIO tuvo la potestad de expresar su disconformidad con los conceptos que no encuentra conformes, por lo tanto, si el CONSORCIO no expresó su disconformidad con los conceptos y montos incluidos en los presupuestos adicionales, estos presupuestos quedaron consentidos en todos sus alcances.

4.21 Por lo manifestado, PROVÍAS NACIONAL manifiesta que, es evidente que los Gastos Generales que le corresponden al CONSORCIO para la ejecución del Presupuesto Adicional 03, están incluidos en cada presupuesto adicional. NO siendo posible reclamarlos posteriormente.

4.22 En este sentido, el reclamo por la vía arbitral de Mayores Gastos Generales a los aprobados en el Presupuesto Adicional, viene a ser un pedido de duplicidad de pago, ya que los gastos generales requeridos por el CONSORCIO para ejecutar el Adicional han sido aprobados en el propio adicional y por otra parte va contra el procedimiento expresamente establecido en la normatividad vigente.

4.23 PROVÍAS NACIONAL señala que, para el presente caso, donde el CONSORCIO solicita mayores Gastos Generales por la ampliación de plazo, que se deriva como consecuencia de la aprobación de un Presupuesto Adicional, se aprecia que:

- 4.23.1 No hay vacíos en la norma para el caso de los Gastos Generales que le corresponden al Contratista por una ampliación de plazo que se deriva como consecuencia de la aprobación de un Presupuesto Adicional de Obra.
- 4.23.2 Los Gastos Generales que le corresponden al Contratista para la ejecución de los Presupuestos Adicionales, están incluidos en los presupuestos específicos que corresponde a cada Presupuesto Adicional aprobado por la Entidad.

4.24 La contestación de demanda arbitral presentada el 30/03/11, y subsanada el 12/04/2011 por la parte demandada. Fue admitida por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 7 de fecha 19/04/2011.

V. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

5.1 Con fecha 10/08/2011, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, con la asistencia de ambas partes. En vista de la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se procedió a continuar con la Fijación de Puntos Controvertidos.

5.2 Acto seguido, se estableció los puntos controvertidos:

- Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral declarar el reconocimiento de los veinte (20) días adicionales de prórroga de plazo a los 62 días que fueron concedidos por el Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 616-2010-MTC/20 de fecha 21/06/10, la misma que corresponde a la séptima solicitud de prórroga de plazo del CONSORCIO, contenida en su Carta CEJ N° 058-2010.CN de fecha 03/06/10.

- Determinar si corresponde o no al Tribunal Arbitral conceder, como consecuencia de los 82 días calendario de ampliación de plazo correspondiente a la séptima solicitud de prórroga de plazo, los gastos generales variables, por el período antes mencionado, los mismos que en el presente caso, ascienden a la suma de S/. 2'629,390.68 más IGV, monto al que deberán añadirse los reajustes e intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación.
- Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

5.3 En la misma audiencia se admitió como medios probatorios los documentos ofrecidos por el demandante como por el demandado.

VI. De la pericia de oficio y la Audiencia de Informe Pericial

6.1 Mediante Resolución N° 11 de fecha 28/09/11, el Tribunal Arbitral ordenó una pericia de oficio. Mediante Resolución N° 12 de fecha 08/11/11 se estableció el instructivo de la pericia de oficio.

6.2 Mediante Resolución N° 19 de fecha 04/06/12, el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentado el Informe Pericial realizado por el Ingeniero Félix Agapito Acosta.

6.3 Con fecha 28/08/12 se realizó la Audiencia de Informe Pericial con la participación del Tribunal Arbitral, así como con la asistencia del CONSORCIO y PROVÍAS NACIONAL, y la participación del perito Ingeniero Félix Agapito Acosta.

VII. Cierre de la Etapa Probatoria






Mediante Resolución N° 24 de fecha 10/09/2012 se dio por finalizada la etapa probatoria, otorgándose a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos escritos.

VIII. Alegatos

Mediante escrito de fecha 28/09/2012, únicamente PROVÍAS NACIONAL presentó sus alegatos, dentro del plazo conferido.

IX. Audiencia de Informe Oral

9.1 Con fecha 05/11/2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de ambas partes.

9.2 En este acto el TRIBUNAL otorgó el plazo de quince (15) días hábiles para que las partes presenten sus escritos de aclaración en relación a la interpretación del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, el TRIBUNAL consideró conveniente que se programe una Audiencia de Ilustración, a fin de esclarecer las cuestiones formuladas por las partes en los escritos solicitados.

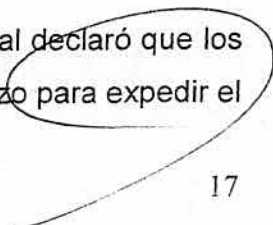
X. Audiencia de Ilustración

10.1 Con fecha 12/12/12 se realizó la Audiencia de Ilustración, con la participación del Tribunal Arbitral; con la asistencia del CONSORCIO y, de otro lado, PROVÍAS NACIONAL.

10.2 En ese acto, el Tribunal Arbitral informó a las partes que la Audiencia tenía como finalidad que se ilustre al colegiado con los fundamentos jurídicos que respaldan las posiciones de las partes.

XI. Plazo para laudar

Mediante Resolución N° 28 de fecha 25/02/13, el Tribunal Arbitral declaró que los autos se encontraban en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para expedir el



laudo en treinta (30) días hábiles. Mediante Resolución N° 29, dicho plazo fue prorrogado por decisión del Tribunal Arbitral por treinta (30) días adicionales.

CONSIDERANDOS:

Como cuestión preliminar, el Tribunal Arbitral precisa que cuando se haga alusión a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o a su Reglamento deberá entenderse que se refiere a los dispositivos contenidos en los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, por tratarse de las disposiciones vigentes al momento de celebración del contrato, de acuerdo a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017. Asimismo, se precisa que el análisis de los puntos controvertidos podrá ser ajustado, reformulado y/o desarrollado en el orden que el Tribunal Arbitral considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo ni exceda la materia sometida a arbitraje.

A. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR EL RECONOCIMIENTO DE 20 DIAS ADICIONALES DE PRORROGA DE PLAZO A LOS 62 DIAS QUE FUERON CONCEDIDOS POR EL CONTRATANTE A TRAVÉS DE LA RESOLUCION DIRECTORAL N° 616-2010-MTC/20 DE FECHA 26/06/10 CORRESPONDIENTE A LA SETIMA SOLICITUD DE AMPLIACION DE PLAZO FORMULADA POR LA CONTRATISTA.

- 1) El Tribunal Arbitral debe precisar con relación al presente punto controvertido, que si bien ambas partes se encuentran de acuerdo en que las partidas críticas afectadas por la causal que sustenta la séptima solicitud de prórroga de plazo inciden sustancialmente sobre las Partidas de Sub Base y Base (Partida 3.00), así como en la partida de Pavimento Asfáltico (Partida 4.00), la principal controversia entre las partes incide respecto a la cuantificación de la prórroga derivada de la causal antes mencionada, en

base a las siguientes posiciones: i) De acuerdo a la Entidad, la prórroga a conceder sería por el período de afectación que incide únicamente sobre las Partidas de Sub Base y Base, el cual asciende solamente a 62 días calendario; y ii) Mientras para el contratista, la prórroga a conceder es la suma de los períodos en que son afectadas dos Partidas críticas de Sub Base y Base, así como de Pavimento Asfáltico, por lo que, en virtud a ello, el período de ampliación de plazo a conceder, ascendería a 82 días calendarios.

Por consiguiente, el Tribunal advierte que en la presente controversia no se cuestiona la validez de la causal que sirve de sustento la prórroga de plazo que es objeto de la presente controversia, en la medida que la Entidad concedió una prórroga de 62 días a favor de la contratista sustentada en la causal antes mencionada, lo cual corrobora la veracidad técnica que dicha causal incidiría sobre la ruta crítica prevista en el Calendario de Avance de Obra que rige el contrato de obra.

- 2) Que, a efectos de dilucidar la presente controversia, el Tribunal Arbitral estima pertinente describir los argumentos que han sido expuestos por la Entidad, en los numerales 6,7 y 8 de su escrito de contestación de demanda y que a continuación se citan:

"6. (...) luego del análisis de los documentos y considerando los respectivos metrados, rendimientos, coeficientes de expansión de material y cuadrillas a utilizar, la Supervisión concluye que se requiere de 62 días para la ejecución del volumen de extracción de material para base granular y 19 días para procesamiento de material para pavimento de concreto asfáltico. Sin embargo, ESTAS ACTIVIDADES PUEDEN EJECUTARSE DE MANERA SIMULTÁNEA Y NO NECESARIAMENTE CONSECUENTE; por lo que recomienda de su evaluación la aprobación de 62 días.

7. Por lo tanto, este procesamiento de material en cantera puede efectuarse simultáneamente, en la medida que se puede zarandear material para pavimento asfáltico, mientras se procesa el material para Base Granular y no entendemos las razones del contratista de pretender confundir al Tribunal al indicar que la Entidad intenta imponer una programación distinta a la establecida en el CAO vigente, haciendo mención a la actividad de colocación propia en pista de material de dos partidas aparentemente secuenciales (Base y Pavimento asfáltico), que en todo caso podrían desfasarse por posteriores procedimientos constructivos, mas no por procesamiento en cantera.

8. (...). Al estar aclarado este aspecto técnico, la argumentación de la Entidad es correcta, pues no nos referimos a la ejecución propia de las partidas, que responden a un programa en el CAO, sino a las actividades previas en cantera, para la obtención de los insumos de esta partida"¹

- 3) Por su parte, el Tribunal Arbitral dispuso la actuación de una pericia de oficio, apreciándose en las páginas 25 y 26 del informe pericial de fecha 18 de mayo de 2012 lo siguiente:

"La controversia radica en que la Entidad considera que estas actividades se pueden ejecutar simultáneamente y no necesariamente consecuentes. Situación que a continuación paso a analizar:

Estas dos partidas, son consecuentes, debido a que son dos materiales diferentes [Material de Base granular y agregado para pavimento de concreto asfáltico], cuyos procesos de producción no son los mismos, por lo que para este caso, no es posible producirlos de manera simultánea.

El hecho que estas dos actividades no son simultáneas, queda igualmente sustentado al observar en el Calendario de Avance de Obra las distintas fechas programadas para el inicio de producción de los agregados para Base granular y Pavimentos de concreto asfáltico y el inicio de la

¹Dichos argumentos se encuentran en las páginas 4 y 5 del escrito de contestación de demanda.



colocación de Base granular y Pavimentos de concreto asfáltico, no se dan antes del 11.MAY.2010 y 08.JUN.2010, respectivamente.

Otro hecho que demuestra y sustenta que estas dos partidas son consecuentes y no pueden ser simultáneas, es el análisis de precios unitarios de cada una de ellas, en los que se puede observar claramente, que los procesos para la obtención de los agregados son muy diferentes el uno del otro, por lo tanto, ejecutados en períodos distintos (Ref. Anexo N° 02).

La preparación de material de Base granular comprende las siguientes subpartidas:

Reducción de tamaño de piedra

Excavación y desquinche en roca fija

Perforación y disparo en roca fija

Zarandeo y chancado de material (inc. Terciaría)

La preparación de MAC, en lo que respecta a materiales, comprende las siguientes subpartidas:

Agregado fino zarandeado

Arena chancada extracción con voladura

Agregado grueso chancado extracción con voladura

Como se puede observar, preparar Base granular requiere desarrollar cuatro actividades simultáneas, mientras que el agregado grueso para la Mezcla asfáltica en caliente, se concentra [solo] en la obtención del agregado grueso.

Por último, tenemos las Especificaciones Técnicas de Base granular y Mezcla asfáltica en caliente, que detallan los requisitos que deberán satisfacer los agregados, demostrándose nuevamente que la preparación de estos materiales deben hacerse respetando condiciones y tiempos

distintos, por lo que no es posible ser obtenidos simultáneamente. (Ref. Anexo N° 03)"

- 4) De los argumentos expresados en la pericia, el Tribunal Arbitral advierte que los fundamentos técnicos que ésta expone se sustentan en diversos documentos que vinculan legalmente a las partes y están referidos a los siguientes: i) Las especificaciones contenidas en el expediente técnico resultan aplicables a la ejecución de la obra que es materia de la presente controversia, de cuyo contenido el perito constata que en ellas se: "detallan los requisitos que deberán satisfacer los agregados, demostrándose nuevamente que la preparación de estos materiales deben hacerse respetando condiciones y tiempos distintos, por lo que no es posible ser obtenidos simultáneamente"; y, ii) El análisis de precios unitarios elaborado por el contratista, de cuyo contenido el perito ha podido advertir que: "los procesos para la obtención de los agregados son muy diferentes el uno del otro, por lo tanto, ejecutados en periodos distintos"²

Asimismo, un aspecto de índole técnica que el Tribunal Arbitral considera relevante en la argumentación expuesta por el perito, es el relacionado con el hecho que el material necesario para la ejecución de las partidas de Sub Base y Base, así como de Pavimento Asfáltico, son de naturaleza distinta, lo que determina que para su obtención se efectúe en dos procesos sucesivos y no simultáneos como lo sostiene la Entidad, los cuales a su vez son técnicamente distintos entre sí, dada la naturaleza del material a emplear para su obtención.

- 5) De acuerdo a las consideraciones expuestas, el Tribunal advierte que la Entidad no ha logrado sustentar técnicamente las razones por las que los materiales que se emplean para la ejecución de las Partidas de Base y de

²De acuerdo al anexo 2 del Informe Pericial.

Mezcla Asfáltica en Caliente se pueden obtener de forma simultánea, limitándose únicamente a reiterar dicha afirmación sin una fundamentación técnica que logre desvirtuar cada una de las razones que expuestas en el informe pericial. Se ha podido constatar que durante el proceso arbitral, la entidad ha adjuntado fotografías señalando que en la medida que la Planta Chancadora puesta en obra por parte del contratista poseía varias tolveras, con ello se habría acreditado que se podía obtener de forma simultánea los materiales que resultan necesarios para la ejecución de las Partidas de Base y Mezcla Asfáltica, a pesar que se trataban de dos materiales distintos. No obstante, en apreciación del Tribunal Arbitral, dicha prueba fotográfica y argumentación no desvirtúa técnicamente lo señalado en las especificaciones contenidas expediente técnico que forma parte de las bases del proceso de selección; pues de acuerdo a lo señalado en el informe pericial son dichas especificaciones técnicas las que obligaban y condicionaban que la obtención de los materiales para la ejecución de las Partidas antes mencionadas se debían efectuar de forma sucesiva y no de manera simultánea; por lo que, en virtud a ello, el argumento expuesto por la Entidad no resulta razonable para el Tribunal Arbitral; pues si es la propia Entidad la que impone condiciones técnicas a través de sus especificaciones contenidas en el expediente técnico, luego ésta no podría solicitar algo que resulte incongruente con lo solicitado en dichas especificaciones técnicas.

En tal sentido, el Tribunal considera que la Entidad no ha desvirtuado los argumentos técnicos expuestos en la pericia.

- 6) Que, en virtud de lo expresado, el Tribunal Arbitral comparte el análisis técnico expuesto en el informe pericial por el que se concluye que la séptima ampliación de plazo a concederse al contratista debería incluir días adicionales a los 62 días que fueron previamente concedidos por la Entidad. No obstante, el Tribunal considera que los días adicionales a

concederse solo ascienden a 19 y no a los 20 que fueron solicitados por la demandante; pues, si bien el informe pericial reconoció una prórroga de plazo adicional a favor del contratista ascendente por 20 días adicionales, no es menos cierto que, para obtener dicho resultado, el perito sostuvo (entre otros aspectos) que la Entidad incurrió en un error al calcular el período de incidencia que poseía la causal invocada en la séptima solicitud de prórroga de plazo sobre la Partida de SubBase y Base Granular;. Toda vez que el Tribunal no considera técnicamente correcto lo sostenido por el Perito en el extremo referido a la cuantificación de la incidencia técnica que afectó a las Partidas antes mencionadas, siendo en consideración del Tribunal que dicha a afectación es por 62 días y no por los 63 días indicados en la pericia, concordando con los argumentos expuestos por la Entidad al señalar lo siguiente:

"3.Nos ratificamos en el hecho que el perito es el que comete el error al no colocar los decimales que proviene de la división entre el volumen de extracción de Base Granular según deductivo N° 02 y el rendimiento según precio unitario:

Vol. de Extracción = 212,935.54 m³

Rendimiento = 540.00 m³/día

$212,935.54 / 540 = 394.33$ días que al dividirse a su vez entre 2 Cuadrillas, resulta 197.17 días, esto ya es 198 días

4.Toda vez que cualquier fracción de día debe ser considerado como un día entero. Igualmente se procedió para el caso de los 260 días en donde realmente la división resultante fue de 259.68.


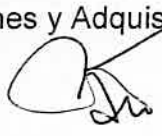


5.Por lo tanto es el propio perito el que comete el error involuntario de no tener en cuenta los decimales que conllevan al resultado de reconocimiento de solo 62 días, (...)"³

³ De conformidad al numeral 3 del escrito del 05 de setiembre de 2012 presentado por la Entidad al tribunal arbitral.

- 7) Que en base a lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que cualquier fracción de día debería ser considerada como un día entero, en virtud a que cualquier metrado por mínimo que pueda ser y que no pudiese ser ejecutado dentro de los días previos, exigirá que técnicamente sea programado para el día siguiente, configurándose de esta manera la necesidad de añadir o programar un día adicional de ejecución. Es por ello que el Tribunal Arbitral comparte el argumento expuesto en este extremo por la Entidad de forma tal que la prórroga adicional que se deberá otorgar al contratista es por 19 días y no por los 20 días solicitados, que se relacionan con el período en que afectó la causal que sustentó la séptima ampliación de plazo a la obtención del material necesario para la ejecución de la Partida correspondiente al Pavimento Asfáltico en Caliente. Por tanto, resulta amparable parcialmente la pretensión de la demandante en el presente punto controvertido.

B. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO AL TRIBUNAL ARBITRAL CONCEDER, COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACION DE PLAZO CONCEDIDA A FAVOR DE LA CONTRATISTA, LOS GASTOS GENERALES VARIABLES QUE SE DESPRENDEN DE LA SETIMA SOLICITUD DE PRORROGA DE PLAZO.

1. Con relación al presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral advierte que fundamentalmente incide en las distintas interpretaciones de la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que señala lo siguiente:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos." (el subrayado es nuestro)

Respecto a la interpretación del artículo antes mencionado, la Entidad en su escrito de contestación de demanda ha señalado lo siguiente: i) Que el artículo 260° del Reglamento impide el reconocimiento de mayores gastos generales cuando la ampliación de plazo proviene de presupuestos adicionales que cuentan con presupuesto específico; ii) Sostiene además que si bien se le aprobó parcialmente a la contratista la ampliación de plazo, no le corresponde los mayores gastos generales, en virtud a que esta prórroga obedece a la aprobación del presupuesto adicional N° 03, los cuales tienen sus propios gastos generales, razón por la cual, la norma prohíbe que se le reconozcan mayores gastos generales porque implicaría una duplicidad de pago; iii) Que el contratista incluyó todos los gastos generales que consideró necesarios para la ejecución de los adicionales; por lo que, al emitirse el pronunciamiento de la Entidad respecto a la aprobación del presupuesto adicional, el contratista tuvo la potestad de expresar su disconformidad con los conceptos que no encuentra conformes y si el contratista no expresó su disconformidad con los conceptos y montos incluidos en los presupuestos adicionales, estos presupuestos quedaron consentidos en todos sus alcances por lo que es evidente que los gastos generales que le corresponden al contratista para la ejecución del presupuesto adicional N° 03, están incluidos en cada presupuesto adicional, no siendo posible reclamarlos posteriormente; iv) Que el reclamo de mayores gastos generales a los aprobados en el presupuesto adicional, viene a ser un pedido de duplicidad de pago, ya que los gastos generales requeridos por el contratista para ejecutar el adicional han sido aprobados en el propio adicional y por otra parte va contra el procedimiento expresamente establecido en la normatividad vigente y; v) No hay vacíos en

la norma para el caso de los gastos generales que le corresponden al contratista por una ampliación de plazo que se deriva como consecuencia de un presupuesto adicional de obra.⁴

2. De los argumentos expuestos por la Entidad, el Tribunal advierte que éstos se centran en señalar que de reconocerse mayores gastos generales a la prórroga de plazo que es materia de la presente controversia, ello implicaría un doble pago que la norma antes citada pretendería evitar por cuanto el presupuesto adicional N° 03, que es la causal que sustenta la solicitud de ampliación de plazo N° 07, posee sus propios gastos generales. Para determinar si en el argumento expuesto por la Entidad existe un doble pago, el Tribunal estima pertinente verificar el cumplimiento de ciertas condiciones, como por ejemplo que de configurarse un doble pago debería incidir en ambos casos sobre el mismo concepto técnico-legal respecto del cual dicho pago se verifica, esto es, que los gastos generales reclamados por el contratista en este extremo de su demanda, correspondan también a los gastos generales del presupuesto adicional; de modo tal que en el supuesto que de no verificarse dicha condición, no podría configurarse un supuesto de doble pago.
3. Por otro lado, el Tribunal advierte que los argumentos expuestos por el contratista en su demanda no inciden propiamente en la obtención o reconocimiento de un mayor pago de los gastos generales correspondientes al presupuesto adicional N° 03, sino al pago de los mayores gastos generales del período ampliado como consecuencia de la prórroga del plazo contractual generada por la causal antes mencionada, en contraposición a lo argumentado por la Entidad al calificar como similares a dos aspectos que el Tribunal considera que son sustancialmente distintos entre sí como es: i) El tema relacionado con el adicional, que no es objeto de controversia, pues no se discute ni su validez ni su procedencia y, ii) El efecto que la ejecución de dicho adicional puede producir sobre el plazo de

⁴ De acuerdo a las páginas 6, 7 y 8 del escrito de contestación de demanda.

ejecución de la obra contenido en el calendario PERT-CPM aplicable al contrato de obra.

4. Por tanto, el Tribunal considera, de acuerdo a lo sostenido por la demandante, que existen en la presente controversia dos tipos de gastos generales que deben ser diferenciados y que son: i) El gasto general que se deriva de una prórroga de plazo; y ii) El gasto general del adicional.

En tal sentido, para establecer la diferenciación de ambos gastos generales, el Tribunal se remite a lo expresado en el último párrafo del artículo 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que regula los aspectos relacionados con los mayores gastos generales para el caso de obras adicionales, lo siguiente: "En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obra, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución"

Asimismo, con relación a los mayores gastos generales derivados de una ampliación del plazo contractual, el artículo antes citado, señala en sus primeros párrafos, respecto al gasto general variable diario del contrato por cada día de prórroga de plazo contractual que se conceda, lo siguiente: "En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra ofertado entre el número de días del plazo contractual" (el subrayado es nuestro).

De la interpretación del artículo antes mencionado, se infiere que el cálculo de los mayores gastos generales diarios del contrato por cada día de prórroga de plazo que se conceda tiene como base el íntegro de los gastos generales del contrato previstos en la oferta de la contratista, así como del plazo inicialmente pactado en el contrato; de allí que válidamente se puede concluir que los mayores gastos generales que se generan como consecuencia de una ampliación del plazo contractual corresponderán a los



gastos generales del contrato, los cuales son distintos a los gastos generales del adicional.

5. Que, de lo anterior, el Tribunal puede concluir que, de acuerdo al artículo 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se hace una diferenciación sustancial entre el gasto general del adicional y el mayor gasto general del contrato correspondiente al período ampliado, siendo que los aspectos fundamentales que los diferencian son:
 - i) En el gasto general del adicional solo tiene en cuenta -y por tanto, solo compensa e incluye- aquel costo indirecto en que el contratista incurre por la ejecución del referido adicional; por lo que, en virtud a ello, el mismo no puede contener más que aquellos gastos generales que resultan siendo propios e inherentes para la ejecución de la obra adicional y ii) El gasto general de la obra adicional es intrínseco a éste siendo específico a su ejecución y, en ese sentido, resulta siendo ajeno al gasto general del contrato, en la medida que ésta última compensará todos los costos indirectos en que el contratista incurra para la ejecución de la obra principal, tanto aquella que se ejecuta dentro del plazo ofertado como aquel que se ejecuta dentro del período ampliado del plazo contractual, excluyendo el adicional, el cual conforme se ha indicado, posee sus propios gastos generales.
6. En tal sentido, existen diferencias sustanciales entre los dos tipos de gastos generales que han sido antes señalados y, por tanto, sería imposible que se configurase un supuesto de doble pago; pues, conforme ha sido explicado, se trataría de costos indirectos que no solo son distintos entre sí, sino que además poseen propósitos u objetivos diferentes, como son los siguientes: i) Cuando la Entidad paga los gastos generales de un adicional solo está cancelando aquel costo indirecto en que el contratista incurre específicamente respecto de la ejecución propiamente dicha del adicional; mientras que ii) Cuando la Entidad cancela los mayores gastos generales del contrato principal, éste se encuentra cancelando únicamente los gastos

l

7

29

generales en que el contratista incurre respecto de la ejecución de la obra principal contratada, que se efectúa durante el período ampliado del plazo contractual, los mismos que por definición legal son técnicamente distintos y ajenos a los gastos generales del adicional. El Tribunal interpreta que, en principio, en toda ampliación de plazo contractual, el contratista tendrá derecho al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación que se le haya concedido, los cuales se generarán, dado que durante el período ampliado el contratista continuará ejecutando la obra principal. A su vez, estos gastos generales corresponderán exclusivamente a los gastos generales del contrato principal, pues el cálculo de los mismos que se encuentran descritos en los dos primeros párrafos del artículo 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, están referidos exclusivamente al gasto general variable ofertado por el contratista por el plazo inicialmente previsto en el contrato.

7. Que, en atención a lo expuesto, el Tribunal Arbitral no considera insustancial la alegación de un doble pago, puesto que cuando se aprueba un adicional durante la ejecución de una obra, no se genera ninguna prórroga de plazo ejecutándose éste dentro del plazo del contrato; en dicho supuesto, la Entidad cancelará tanto los gastos generales del contrato principal, como los gastos generales del adicional, sin que en ese caso se configure un doble pago; en atención a que se trata de dos tipos de gastos generales, que son distintos por tener propósitos diferentes entre sí. Lo antes señalado corresponde a uno de los ejemplos descritos por el perito, contenido en el numeral 1 de la página 32 del informe pericial de fecha 18 de mayo del 2012, al que el Tribunal se remite.

Por tanto, los mayores gastos generales que son objeto de la presente controversia están exclusivamente relacionados a los que se derivan por la ejecución de la obra principal contratada que se continuó desarrollando dentro del periodo ampliado del plazo contractual, gastos generales que

son ajenos a los gastos generales del presupuesto adicional N° 03, para lo cual este Tribunal toma como ejemplo el costo correspondiente a la fianza de fiel cumplimiento que garantiza la ejecución de la obra principal, el cual es propio del gasto general del contrato y no se encuentra asumido dentro de la estructura de costos del gasto general del adicional, en la medida en que no es un costo indirecto que resulte siendo propio y específico del adicional; en todo caso, corresponderá a ésta asumir únicamente el incremento de la fianza de fiel cumplimiento, por el monto que involucra el adicional.

Siguiendo con el mismo ejemplo, el costo del seguro de la obra principal no es asumido por el gasto general del adicional, pues no es propio del ni inherente al adicional; en todo caso, corresponderá que se asuma únicamente el incremento del seguro de la obra, por la obra que involucra la ejecución del adicional.

De lo anterior, el Colegiado advierte que a pesar de que el adicional puede contar con sus propios gastos generales, éstos no pueden contener los gastos generales del contrato principal, cuando se prórroga el plazo del contrato como consecuencia de la ejecución de la obra adicional.

8. El Tribunal considera pertinente lo expuesto en el Informe Pericial cuando señala que dentro del período ampliado del contrato no se ejecutó el adicional antes mencionado, a pesar que dicho adicional fue la causa que generó la prórroga del plazo contractual; por lo que, siendo ello así, se puede apreciar que: i) El adicional invocado por el Contratante no se desarrolló dentro del período de ampliación de plazo que le fue concedido a la contratista a través de la séptima solicitud de prórroga de plazo, razón por la cual los mayores gastos generales de la referida ampliación dentro del cual no se ejecutó el adicional y ii) Que no son cubiertos y/o compensados por los gastos generales del presupuesto adicional N° 03, no solo porque se





trata de dos tipos de gastos generales distintos entre sí, sino -además- por el hecho que los gastos generales propios y exclusivos del adicional, técnica y legalmente, no cubren ni pueden cubrir de manera alguna aquellos costos indirectos que se devenguen por un período ampliado en el que no se ejecuta la obra adicional.

Citando lo expuesto en el informe pericial se señala lo siguiente:

"3.- En el tercer supuesto se tiene que, si bien el adicional genera una prórroga del plazo contractual, la ejecución del aludido adicional propiamente se ejecuta dentro del plazo original del contrato, en cuyo caso, los gastos generales fijo y variables del adicional se pagan independientemente de los gastos generales variables del contrato principal, sin que dicha situación sea inválida o incorrecta, en la medida que los gastos generales fijo y variables del adicional que son propios e inherentes a éste por mandato expreso del artículo 265° del RECAE, son a su vez técnicamente distintos a los gastos generales variables del contrato principal; sin embargo, en este específico caso: ¿cuál es la situación técnica de los gastos generales variables derivados de la prórroga de plazo ocasionada por la ejecución del adicional antes mencionado?

El perito considera que en la medida que el adicional no se ejecuta dentro del período ampliado, se debería reconocer el íntegro de los gastos generales que corresponde a la ampliación de plazo sustentado en la ejecución del adicional, pues en el período ampliado solo se ejecutan las partidas del contrato principal, mas no se ejecuta partida alguna del adicional, de forma tal que los gastos generales variables que se originan en el período ampliado, es técnicamente compensado a través de los gastos generales variables de la ampliación de plazo, de lo contrario de no admitirse lo antes señalado, se estaría configurando un desequilibrio económico del contrato, toda vez que la ley ha considerado exclusivamente para las prórrogas de plazo, un precio unitario llamado GASTO GENERAL DIARIO, artículo 261° del RECAE, cuya unidad de medida es el "día", el

mismo que es igual a los gastos generales variables del contrato entre el número de días del plazo inicialmente contratado".⁵

Precisamente, atendiendo a lo antes expuesto, la pericia considera que la presente controversia se configura en torno de los supuestos fácticos arriba mencionados, siendo ésta la razón por la cual el cálculo de los gastos generales que se desprenden de la séptima solicitud de ampliación de plazo, elaborado por el perito, tiene en cuenta los gastos generales variables diario del contrato por cada día de ampliación de plazo, para lo cual se remite a lo expresado por la pericia al señalar que:

"(...) si el Tribunal emite el laudo aprobando los 82 días de ampliación de plazo, si le correspondería el reconocimiento de los gastos generales diarios del contrato por cada día de ampliación derivada de dicha prórroga, en virtud a que, en el período ampliado sólo se estaría ejecutando partidas del contrato principal, mas no se ejecuta partida del adicional propiamente dicho, los cuales si bien contienen sus propios gastos generales fijos y variables, éstos son propios y exclusivos de dicho adicional, mas no son los gastos generales variables del contrato correspondiente al período ampliado."⁶

9. Por tanto, el Tribunal no comparte los argumentos expuestos por la Entidad para sustentar la interpretación que ha sido asumida por ésta respecto al primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, porque considera que: i) Confunde dos tipos de gastos generales que por definición legal y técnica son manifiestamente distintos entre sí; asumiendo de forma indebida que el pago de uno de ellos compensa al otro, solo con el propósito de evitar la configuración de un doble pago, que conforme se ha podido apreciar no existe; y ii) Se trataría

⁵ De acuerdo a lo expresado en las páginas 33 y 34 del informe pericial.

⁶ De acuerdo a lo expresado en la página 35 del informe pericial.

de una situación irregular que lesionaría y perjudicaría al contratista, pues a pesar de que se configura una prórroga del plazo contractual que genera un período ampliado por causas no imputables a ésta, dicho período ampliado terminaría por carecer del pago de los mayores gastos generales que se generan por el lapso ampliado del contrato.

Es por ello que el Tribunal Arbitral no puede considerar como válida la interpretación literal sostenida por la Entidad; pues la misma no resulta concordante con los conceptos técnico-legales de los dos tipos de gastos generales que son válidamente aplicables a todo contrato de obra y que no tiene en cuenta el hecho de que el adicional, que es la causal que genera la ampliación de plazo materia de controversia, no se ejecuta dentro del período ampliado del plazo contractual generado por el citado adicional, determinando con ello que el aludido período ampliado carezca del reconocimiento y pago de los mayores gastos generales contractuales.

El Tribunal considera que la interpretación literal que efectúa la Entidad respecto al primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, posee limitaciones que no resultan en una contravención del principio de equilibrio económico del contrato que rige a toda contratación pública, así como riñe con los alcances legales que poseen los gastos generales del contrato y los alcances legales que poseen los gastos generales propios de un adicional; por lo que en virtud de ello, el Tribunal asume una interpretación sistemática que permite satisfacer la pretensión de coherencia que el Derecho eleva y que permite la adecuada armonización de los diversos conceptos y principios involucrados en la presente controversia.

10. Con relación al principio de equilibrio económico del contrato, el Tribunal considera que este se encuentra contemplado en los artículos 260° y 261° del Reglamento del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que para el caso de la presente controversia se



puede ilustrar de la siguiente manera: cuando el contratista elabora su oferta económica, incluye los gastos generales variables, dichos gastos generales son ofertados por el plazo de ejecución de obra pactado en el contrato; en ese orden de ideas, si dicho plazo fuese alterado por causas no imputables al contratista, se generaría un desequilibrio económico en torno de dichos gastos generales, respecto del cual la norma establece que para mantener dicho equilibrio inicial que incide sobre el mismo los gastos generales variables del contrato deberán encontrarse en función directa del plazo contractual que asuma la ejecución de la obra. Así, por ejemplo, cuando se amplía el plazo del contrato, se incrementarán los gastos generales variables del contrato por cada día de prórroga de plazo que se conceda al contratista y, en caso que se reduzca el plazo del contrato por una reducción de la obra contratada, se reducirán los gastos generales variables del contrato por cada día de reducción del plazo contractual.

En aplicación del principio de equilibrio económico del contrato, se tiene que cuando el contratista oferta los gastos generales variables del contrato, lo hace en función directa al plazo contractual que se asume por la ejecución de obra pactada, de manera tal que cualquier afectación al plazo del contrato generará un desequilibrio económico del contrato que afectará el costo indirecto antes mencionado el buscará de ser corregido a través de la aplicación del principio antes citado, de allí entonces que, en atención a ello, los artículos 260° y 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, determinarán que en el supuesto de que exista un deductivo de la obra que conlleve una reducción del plazo contractual, los gastos generales variables diarios del contrato se verán reducidos, en concordancia con el número de días en que se reduzca el plazo del contrato lo cual se corrobora en el tercer párrafo del artículo 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre el cálculo de mayores gastos generales, al señalar lo siguiente: "En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los gastos generales se recalcularán conforme a lo establecido en los

2

7

CSW

35



párrafos precedentes". Los párrafos precedentes de dicho artículo disponen el cálculo del gasto general diario del contrato; en ese sentido, si existiese una reducción del plazo contractual como consecuencia de una reducción de la obra, entonces los gastos generales deberán recalcularse, esto es, reducirse, en concordancia con el número de días en que es afectado el plazo del contrato. Lo antes expuesto, también es consecuencia directa del hecho que el gasto general variable del contrato se encuentra en función al plazo que legalmente asume la ejecución de la obra, conforme lo dispone el numeral 33 del Anexo I – Anexo de Definiciones previsto en el Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado al señalar que gastos generales: "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista". De allí entonces que, si el referido plazo se reduce, entonces dicha reducción también afecta a los gastos generales variables del contrato, conforme antes se ha indicado.

11. Por otro lado, en aplicación del mismo principio se tiene que, en el supuesto que se ampliase el plazo del contrato, los gastos generales variables diarios del contrato se verían incrementados por cada día de prórroga de plazo que se le conceda al contratista, lo cual se desprende del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones cuando señala: "Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario". Dicha disposición es consecuencia directa del hecho que el gasto general variable del contrato se encuentra en función al plazo que legalmente asume la ejecución de la obra, conforme al citado numeral 33 del Anexo I – Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; de allí entonces que si el referido plazo se

9

7

22

amplía, entonces dicha ampliación también incrementaría los gastos generales variables del contrato de obra conforme se ha mencionado.

12. Por tanto sostener que de acuerdo al primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el período ampliado del contrato derivado de la séptima solicitud de ampliación de plazo, no conllevaría el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales variables que son propios del período ampliado, a pesar de que dentro del referido período no se ejecutó el adicional N° 03 que fue la causal que motivó la prórroga de plazo antes mencionada, en consideración del Tribunal, además de contradecir la vigencia del principio de equilibrio económico del contrato antes mencionado, conllevaría a que sea el contratista la parte que soporte los costos indirectos que genera el período ampliado del contrato dentro del cual se ejecuta la obra principal, pese a que el lapso ampliado es una situación que no le sea imputable a éste, y liberaría injustificadamente a la Entidad de asumir dichos costos, no obstante que el periodo ampliado se debió a una deficiencia propia del expediente técnico que fue aprobado por la propia Entidad con la subsanación que se realizó con la aprobación por parte de ésta del presupuesto adicional N° 03. El Tribunal considera que la interpretación realizada por la entidad pretendería indebidamente que los gastos generales del período ampliado del contrato sean íntegramente compensados con los gastos generales incluidos en el adicional, no obstante que éstos últimos son propios y exclusivos de éste, con lo cual se obtendría como resultado otorgar identidad sustancial a ambos tipos de gastos generales, situación que va en contra de la definición legal dada tanto a los gastos generales del contrato como a los gastos generales del adicional, los cuales han sido sustancialmente diferenciados entre sí por el legislador y el tenedor de la potestad reglamentaria. Asimismo, la interpretación propuesta por la Entidad no distingue un hecho relevante, como es que dentro del período ampliado no se ejecutó el adicional, a pesar de que el referido adicional es la causa que generó el período

1074



1074

Exp. N° 140-21-10

ampliado, con lo cual se evidencia de forma concluyente que el referido período ampliado carecería en absoluto del pago de los mayores gastos generales que se generan como consecuencia del mayor plazo que asume la ejecución de la obra principal.

13. Adicionalmente a ello, corresponde señalar que las normas jurídicas se clasifican, por su textura, en normas abiertas (principios) y normas cerradas (reglas), entendiéndose que las últimas concretan los primeros, que cumplen una función primordial en el ordenamiento, dado que materializan los valores superiores del ordenamiento. Así las cosas, si se toma la perspectiva expuesta por la Entidad, puede apreciarse que ella opone la regla contenida en el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al principio de equilibrio económico del contrato que materializa el valor Justicia, que junto con el valor Libertad ocupa el puesto inmediatamente inferior al valor Dignidad Humana, dentro de la pirámide axiológica consagrada por nuestra ley fundamental. Se forma así una antinomia entre dos normas de orden público, que debe ser resuelta apelando a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad que rigen la solución de los conflictos normativos. Si se tiene en cuenta que el principio de equilibrio contractual es una norma que proviene de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, toda vez que la informa, y se atiende a que el primer párrafo del artículo 260° del Reglamento es de jerarquía inferior, la competencia entre una norma legal y otra reglamentaria debe resolverse prefiriendo a la primera.

No obstante, resulta crucial entender que las leyes se presumen constitucionales y los reglamentos se presumen legales, así como también se presume que el legislador y el titular de la potestad reglamentaria son sensatos y saben lo que hacen, por lo que, corresponde ir más allá del criterio de jerarquía y avanzar hasta el de especialidad para ver si el caso concreto se ajusta a la regla invocada por la Entidad. Eso significa, en

2

7

38

primer lugar, interpretar sus alcances. La regla general es que a toda ampliación de plazo corresponde el pago de mayores gastos generales. La excepción está en las obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos. Un principio interpretativo del derecho de excepción o *ius singulare* es que las excepciones se interpretan restrictivamente. Así, corresponde descubrir cuando, desde el principio de equilibrio económico del contrato, resultaría aplicable la excepción prevista en la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Si, desde una visión sistemática se tiene que el titular de la potestad reglamentaria ha diferenciado los gastos generales del contrato de los gastos generales de las obras adicionales y la regla general es que a toda ampliación de plazo corresponde el pago de mayores gastos generales, con la excepción de las obras adicionales con presupuestos específicos, una interpretación restrictiva nos lleva a colegir que el único supuesto en que resultaría aplicable es aquel en el que los presupuestos adicionales sufraguen íntegramente los gastos generales, los del contrato y los de las obras adicionales, y si se entiende que estos últimos solamente pueden contemplar la estrictamente necesario para su ejecución, el supuesto de hecho excepcional se cierra en la hipótesis de que la ampliación de plazo se produzca cuando simultáneamente no se generen gastos generales del contrato y los presupuestos específicos cubran los gastos generales, que no pueden ser otros que los estrictamente necesarios para la ejecución de la obra adicional.

Queda así a la vista un problema de aplicabilidad normativa, es decir, la cuestión de si se aplica o no la excepción prevista en la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al caso concreto. Una cuestión que el Tribunal Arbitral zanja en términos negativos. No es aplicable porque no se han satisfecho las condiciones de aplicación de la consecuencia jurídica

prevista, toda vez que la excepción al pago de mayores gastos generales del contrato solamente puede operar cuando los presupuestos específicos sufraguen íntegramente los gastos generales, lo que solamente puede ocurrir cuando la obra adicional sobreviene a la conclusión de la obra principal y no cuando se inserte en el tracto de su ejecución. Toda otra interpretación supondría infringir normas de orden público, tales como, el principio de equilibrio económico del contrato administrativo, la diferenciación reglamentaria entre gastos generales del contrato y gastos generales de las obras adicionales, y la prohibición reglamentaria de que éstos cubran algo más que lo estrictamente necesario para su ejecución.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que la interpretación sistemática de la parte final del primer párrafo del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de acuerdo a las consideraciones expuestas, permite inferir que no se transgrede, ni infringe los principios que rigen la contratación pública, ni distorsiona los diversos conceptos asignados a los gastos generales del contrato como a los que son propios e inherentes de un adicional.

14. En virtud de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal ampara la pretensión formulada por el contratista, en el sentido que la Entidad le debe reconocer los mayores gastos generales variables derivados del período ampliado como consecuencia de la séptima solicitud de ampliación de plazo, el cual de acuerdo a lo establecido por el Tribunal en el presente laudo ascienden a un total de 81 días de los cuales 62 días fueron previamente concedidos por la Entidad más los 19 días adicionales concedidos por Tribunal cuyo monto asciende a la suma neta de S/. 2'597,324.94 (Dos millones quinientos noventa siete mil trescientos veinticuatro con 94/100 nuevos soles) mas reajustes e IGV, suma que se obtiene de la liquidación realizada en el informe pericial y que de acuerdo al artículo 261 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se obtiene al multiplicar los días prorrogados (81 días) correspondientes al séptimo



pedido de ampliación de plazo por el gasto general variable del contrato. (S/.32,065.74).

Finalmente respecto a lo sostenido por la Entidad que "la propia contratista indica en su solicitud de ampliación de plazo que no se le debe reconocer mayores gastos generales debido a que la ampliación de plazo cuenta con su presupuesto específico, tal como se desprende del expediente de la solicitud de ampliación de plazo", el Tribunal Arbitral considera que si bien la sustentación de un pedido de prórroga de plazo, constituye de por sí un acto ordinario que lo puede ejercer el Ingeniero Residente ante el Supervisor de Obra, dicho acto no implica en sí misma una modificación al contrato, en tanto el hecho de renunciar a los gastos generales que se puedan derivar de una ampliación de plazo, sí supondría la modificación o la afectación de un derecho de índole económica que se derivaría del artículo 260° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual sólo podría ser ejercido de manera expresa e indubitable por el representante legal del contratista, en la medida en que éste es el único que legalmente posee atribuciones y facultades para disponer de los derechos del contratista; por lo que, en ese sentido, el Tribunal considera que el argumento de que el contratista habría renunciado o dejado de reclamar los gastos generales derivados del período ampliado de la prórroga materia de la presente controversia, por el hecho que la solicitud de ampliación materia de la controversia fue suscrita por el ingeniero residente no resulta amparable por parte del Tribunal.

**C. DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS
COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.**

El Tribunal ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado de buena fe, basados en la existencia de razones para litigar atendibles, han litigado convencidos de sus posiciones ante la

l
Cm
7

controversia y en virtud de la defensa de sus convicciones, por consiguiente considera que no debe ordenar a ninguna de ellas, con las costas y costos y gastos del proceso arbitral, los que deben ser asumidos por ambas partes.

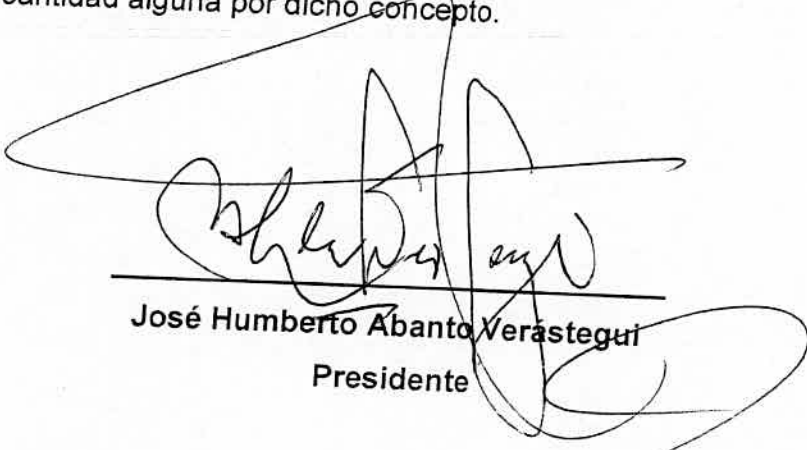
IV. PARTE RESOLUTIVA:

A mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral por **UNANIMIDAD, LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** en parte la demanda y en consecuencia:

1. Conceder 19 días adicionales de prórroga de plazo, a los que fueron concedidos por mediante la Resolución Directoral No. 616-2010-MT C/20 correspondiente a la séptima ampliación de plazo.
2. **PROVIAS NACIONAL** deberá pagar en favor del Consorcio Energoprojekt – Johesa por concepto de gastos generales correspondiente a los 19 días de ampliación de plazo otorgados, la suma de S/.2'597,324.94 (Dos millones quinientos noventa y siete mil trescientos veinticuatro con 94/100 nuevos soles) más los reajustes e impuestos que correspondan, así como los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación.

SEGUNDO: Declarar que las costas y costos del presente arbitraje serán asumidos por ambas partes, por lo que no se condena a que ninguna de ellas pague a la otra cantidad alguna por dicho concepto.



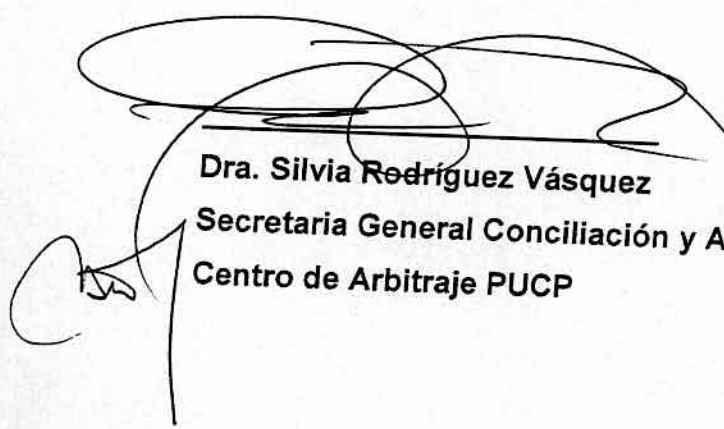
José Humberto Abanto Verástegui
Presidente



Luis Fernando Pebe Romero
Árbitro



Randol Edgar Campos Flores
Árbitro



Dra. Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP