

*Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:*

*Dr. José Pimentel Aliaga
Dr. Elio Otiniano Sánchez
Dr. Randol Campos Flores*

Lima, 08 de febrero de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO CAME PEPSA

Demandado:

**DIRECCION GENERAL DE ELECTRIFICACIÓN RURAL DEL MINISTERIO DE
ENERGIA Y MINAS**

Tribunal Arbitral:

Dr. José Pimentel Aliaga (Presidente)

Dr. Elio Otiniano Sánchez


Dr. Randol Campos Flores

VISTOS.-

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 02 de junio de 2011, se lleva a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los doctores José Pimentel Aliaga, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Elio Otiniano Sánchez y el doctor Randol Campos Flores en su calidad de árbitros, conjuntamente con los representantes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas (Dirección General de Energía Rural) y del Consorcio CAME PEPSA.

En dicha audiencia el Tribunal Arbitral declara haber sido debidamente designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad con las mismas y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad. Asimismo se establecen las reglas que



regularan el proceso arbitral con sujeción a las normas de Contrataciones del Estado.

I.1 De la demanda y sus ampliaciones presentada por el Consorcio

Con fecha 23 de junio de 2011, EL CONSORCIO presentó su demanda arbitral; la misma que fue admitida y trasladada a la demandado, mediante Resolución N° 01 de fecha 24 de junio de 2011.

Las pretensiones sometidas a dirimencia arbitral por EL CONSORCIO mediante la demanda y sus ampliaciones, así como los fundamentos que sustentan dichas pretensiones, se exponen a continuación en forma resumida:

Sobre la Primera Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 122 días calendario, sin gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER:

De acuerdo a lo señalado en el artículo 201° del Reglamento, la solicitud de ampliación de plazo se presenta por parte del Contratista y aprueba por parte de la Entidad, SIEMPRE que concurren dos supuestos: EXISTA AFECTACION DE LA RUTA CRITICA DEL PROGRAMA DE EJECUCION DE OBRA VIGENTE y EL PLAZO ADICIONAL RESULTE NECESARIO PARA LA CULMINACION DE LA OBRA.

La afectación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente se encuentra debidamente reconocida por la supervisión y entidad en sus respectivos Informes, los mismos que fueron invocados como sustento en la Resolución cuya nulidad se pretende, en los que se ha determinado que las partidas afectadas de la ruta crítica son: "Montaje de conductores de aleación de aluminio", "Pruebas y puesta en servicio" y "Montaje de armados".

En el Informe de la Jefatura de Proyectos Sur de la DGER-MEM, se ha determinado que al margen del ajuste de plazos realizado por la supervisión respecto a la ejecución del adicional N° 01 y su determinación de 102 días de ampliación de plazo, la afectación de las partidas contractuales por la ejecución del adicional, específicamente de la partida "Montaje de conductores de aleación de aluminio" se mantiene hasta el 31 de mayo de 2011, por lo que la afectación se mantiene hasta la indicada fecha, resultando así



necesario para la culminación de la obra, el plazo de 122 días solicitado por el Contratista.

No se ha solicitado la ampliación de plazo invocando como causal "demora en la aprobación del Adicional N° 01", sino "ejecución del Adicional N° 01", por lo que, no corresponde evaluar en esta tramitación, a quien resulta atribuible la demora en la aprobación del Adicional, sino únicamente si con la ejecución del adicional, existe afectación de la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra, lo cual ha sido debidamente reconocido por la Entidad, en el Informe de la Jefatura de Proyectos Sur.

La normativa de contratación estatal no ha establecido expresamente, y por lo tanto no resulta aplicable, que para el caso de ampliaciones de plazo por ejecución de adicionales se tenga que deducir del plazo de afectación, los días incurridos como demora en la tramitación y/o aprobación del adicional.

No obstante considerar que la demora incurrida en la tramitación y/o aprobación del adicional no resulta deducible del plazo de afectación que se solicita por la ejecución del Adicional N° 01, dejan constancia que la demora invocada no es imputable al Contratista, en tanto entre otros, existió retraso no atribuible al consorcio en la revisión y aprobación del expediente técnico, (debido a que la supervisión desde el inicio de la obra y hasta setiembre de 2010, no contó con Supervisor Especialista / Detallista para revisar los expedientes de los 08 proyectos que integran la obra) y existió demora injustificada por parte de la supervisión y la DGER en definir el punto de alimentación a localidades del SER AYAVIRI II Etapa, hecho que originó desfases en la elaboración de la ingeniería definitiva.

Sobre la Segunda Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 96 días calendario, más S/. 192,974.04 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 056-2011-EM/DGER:

Los hechos que configuran la causal invocada, fuerza mayor o caso fortuito, se presentaron desde noviembre 2010 a febrero de 2011, debiendo tenerse presente que estos hechos no solo están compuestos por la lluvia propiamente dicha, sino también por las consecuencias que éstas dejaban en la zona de obra (huaycos, inundaciones, derrumbes, bloqueo de carreteras, etc) y que afectaban en los días sucesivos el avance



de la obra; no incurriéndose por ello en incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 201º del Reglamento respecto a solicitar ampliación de plazo luego transcurridos 15 días de registrada la lluvia, ni menos aún en la extemporaneidad que invoca la supervisión y entidad.

Los sustentos presentados para la evaluación de la afectación, no han sido solo los registros en el cuaderno de obra, reportes del SENAMHI y certificaciones de autoridades, sino también artículos periodísticos de la zona de obra y panel fotográfico que evidencia la magnitud de las consecuencias dejadas por las lluvias y los bloqueos de accesos que originó, siendo que estos últimos no habrían sido evaluados por la supervisión y entidad, no permitiendo un análisis integral de la afectación al calendario de avance de obra que nos originó la causal invocada.

Tal como consta en las certificaciones emitidas en febrero de 2011, por las autoridades de las zonas donde se desarrollan los trabajos pertenecientes al SER CHUMBIVILCAS IV Etapa y SER CHUMBIVILCAS III Etapa, el bloqueo de los accesos a las localidades de Tintaya se inició el 15.12.10, de Antuyo Condes Quisquisa, Huaytoccocha el 15.01.10, de Vista Alegre-Yavina el 10.01.10, de Anchayaque Central 1-Central 2 – Sacsayhuaman el 15.01.10, siendo eventos continuos desde las indicadas fechas hasta febrero de 2011, por lo que la causal (consecuencia de lluvias) no se interrumpió y no por tanto no resulta extemporánea, debiendo ser materia de evaluación en tanto afectó el desarrollo normal de los trabajos ya que los accesos a la zona de obra se encontraban bloqueados. Los bloqueos de los accesos se acreditan también con los registros en el cuaderno de obra por parte del Residente de los SER CHUMBIVILCAS IV Etapa y SER CHUMBIVILCAS III Etapa.

Los registros del SENAMHI reportan precipitaciones pluviales por encima de los 20mm diarios que establece el contrato, durante los meses de noviembre 2010 a enero de 2011, los mismos que también deben ser evaluados y considerados en la cuantificación, existiendo varias y constantes precipitaciones que superan incluso los 100mm diarios, no pudiendo por tanto desconocerse que la magnitud de dichas precipitaciones afectaron los trabajos programados y por ende la ruta crítica del cronograma de ejecución vigente, no permitiendo la culminación de la obra.

Sobre la Tercera Pretensión Principal y Accesorias – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 15 días calendario, más S/. 74,222.73 por gastos



generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 059-2011-EM/DGER:

El Contratista considera errada y carente de sustento fáctico y legal la determinación final de los días otorgados como ampliación de plazo, ya que tanto la Supervisión como la Entidad, a través de su área encargada de la administración del contrato, han establecido en sus respectivos informes que sirvieron de base para la emisión de la Resolución cuya nulidad se pretende, que "la ocurrencia de las lluvias y bloqueo de accesos debido a derrumbes en la zona del proyecto SER CHUMBIVILCAS IV Etapa, han afectado la ruta crítica de ejecución del indicado proyecto (suministro de materiales y montaje electromecánico), por un total de 15 días", debiendo por tanto ser ese el plazo que corresponde ser reconocido y otorgado como ampliación del plazo contractual y no 09 como se ha determinado.

El contrato que vincula a la Entidad y el Consorcio tiene un solo plazo de ejecución, no teniendo prevista fecha de entrega para cada proyecto (SER), por lo que los días de afectación de la ruta crítica deben incorporarse al plazo contractual desde el día siguiente de su vencimiento, y no como pretende arbitrariamente la entidad y supervisión, tomando como referencia las fechas parciales establecidas para la culminación de cada SER, en tanto ello no es contractual.

El contratista señala que las penalidades por retraso en la ejecución de la obra, no se aplican considerando el monto contractual de cada SER, sino el importe global por la ejecución de la obra, en este sentido, no puede para el caso de las ampliaciones de plazo, tomarse como referencia los plazos referenciales establecidos para la culminación de cada SER, reiterando que el plazo de ejecución es UNICO y GLOBAL para todos los ocho proyectos que conforman la obra.

En este sentido, consideran que resulta carente de sustento fáctico y legal que la Entidad determine como afectación de la ruta crítica 15 días y como ampliación de plazo sólo 09, desconociendo así la real afectación que sufrió el cronograma de obra como consecuencia de la causal invocada, lluvias y sus consecuencias (bloqueo de carreteras).

Sobre la Cuarta Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 13 días calendario, más S/. 64,326.37 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 073-2011-EM/DGER:



El Contratista considera errada y carente de sustento fáctico y legal, la "inadmisibilidad" de la solicitud de ampliación de plazo N° 04 que determinó la supervisión y la entidad, en tanto, si bien el plazo contractual luego del otorgamiento de las ampliaciones de plazo N°s 01, 02 y 03 había sido ampliado por un total de 51 días y hasta el 21 de marzo de 2011, no es menos cierto que las decisiones de la Entidad mediante las cuales aprobó en parte las ampliaciones de plazo N°s 01, 02 y 03 que solicitó el contratista por un total de 151 días, fueron sometidas a la vía arbitral de solución de controversias, no habiendo quedado consentidas, estando por tanto NO DEFINIDO el PLAZO CONTRACTUAL PARA LA OBRA. En ese sentido, al no estar definido el plazo de ejecución contractual, no puede determinarse inadmisibilidad alguna.

Por otro lado, el demandante señala que la presencia de los hechos invocados como causal (lluvias y sus consecuencias-bloqueo de carreteras), fueron debidamente registrados en el cuaderno de obra, no pudiendo desconocerse su presencia ni menos aún la afectación que estos generaron en la ruta crítica de la obra, siendo además que la Entidad ha reconocido en su informe que la presencia de estos originó afectación en la ejecución de los trabajos, ya que hubo ritmo lento en la ejecución de la obra.

El hecho que las lluvias se hayan presentado por horas y no durante todo el día, no faculta a desconocer o limitar su presencia, ya que si fueron intensas en dicho periodo igual causaron consecuencias que afectaron la normal ejecución de los trabajos programados.

En este sentido, el contratista considera que resulta carente de sustento fáctico y legal que la Entidad deniegue por supuesta improcedencia su solicitud de ampliación de plazo N° 04.

Sobre la Quinta Pretensión Principal – Costos y Costas derivados del arbitraje:

El contratista considera que luego de declararse fundadas sus pretensiones se deberá condenar a la Entidad cumpla con el pago de los costos y costas que este proceso arbitral genere, en tanto, los actos administrativos que cuestionan no han tenido sustento fáctico ni legal en su emisión por parte de la DGER-MEM.

Con fecha 09 de agosto de 2011, EL CONSORCIO solicitó al Tribunal se acumule una nueva pretensión al proceso arbitral, por haber surgido nuevas controversias en el contrato que vincula a las partes, la misma que estaba relacionada con la denegatoria de la



solicitud de Ampliación de Plazo N° 05. Pedido que fue admitido y trasladado a la demandada para su absolución, mediante Resolución N° 04 de fecha 16 de agosto de 2011.

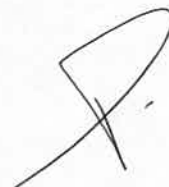
La pretensión sometida a dirimencia arbitral mediante esta primera solicitud de acumulación y los fundamentos que la sustentan, se exponen a continuación en forma resumida:

Sobre la Primera Pretensión Principal Acumulada y su Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 por 12 días calendario, más S/. 36,638.10 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 114-2011-EM/DGER:

El Contratista considera errada y carente de sustento fáctico y legal, la “improcedencia” de la solicitud de ampliación de plazo N° 05, que determinó la supervisión y la entidad, en tanto, si bien el plazo contractual luego del otorgamiento de las ampliaciones de plazo N°s 01, 02, 03 y 04 había sido ampliado por un total de 51 días y hasta el 21 de marzo de 2011, no es menos cierto que las decisiones de la Entidad mediante las cuales se aprobó en parte las ampliaciones de plazo N°s 01, 02 y 03 que solicitó el contratista por un total de 151 días, y la ampliación de plazo N° 04 denegada por 13 días, fueron sometidas a la vía arbitral de solución de controversias, no ha habiendo quedado consentidas, estando por tanto NO DEFINIDO el PLAZO CONTRACTUAL PARA LA OBRA. En ese sentido, al no estar definido el plazo de ejecución contractual, no puede determinarse la invocada improcedencia.

Asimismo, la demandante señaló que consideraba arbitraria la determinación respecto a que no ha habido afectación de la ruta crítica, en tanto las actividades contractuales según el calendario terminaron el 21 de marzo de 2011, pues con ello se pretende desconocer que una vez se resuelvan en la vía arbitral las controversias sobre las ampliaciones de plazo N°s 01 al 04 y se amplíe el plazo contractual, las actividades se reprogramaran y se evidenciará que por la causal invocada hubo afectación de la ruta crítica durante el periodo comprendido entre el 18 y el 29 de mayo de 2011.

Respecto a que la paralización no afectó la zona de obra y que fue una medida temporal, los hechos a la luz pública demostraron lo contrario, ya que la medida de fuerza de los pobladores de Puno se intensificó en los días posteriores al cierre de nuestra cuantificación, produciéndose mayores actos de violencia en los diversos distritos que



conforman el departamento de Puno, principalmente evidenciándose en el bloqueo de las carreteras, hecho que impidió el traslado de nuestra logística y personal al SER JULI para ejecutar las actividades programadas.

En ese sentido, el Contratista considera que resulta carente de sustento fáctico y legal, que la Entidad deniegue por supuesta improcedencia su solicitud de ampliación de plazo N° 05.

Con fecha 09 de mayo de 2012, EL CONSORCIO solicitó al Tribunal se acumule una nueva pretensión al proceso arbitral, por haber surgido nuevas controversias en el contrato que vincula a las partes, la misma que estaba relacionada con la denegatoria de pago de la valorización por trabajos ejecutados durante el proceso constructivo de la obra. Pedido que fue admitido y trasladado a la demandada para su absolución, mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de mayo de 2012.

Las pretensiones sometidas a dirimencia arbitral mediante esta segunda solicitud de acumulación y los fundamentos que las sustentan, se exponen a continuación en forma resumida:

Segunda Pretensión Principal Acumulada y su Subordinada – Se ordene el pago de la valorización por metrados ejecutados y no cancelados durante el proceso constructivo de la obra, o se declare el derecho del consorcio de recibir de la DGER a título de indemnización por enriquecimiento indebido, el monto que corresponde a dichos trabajos ejecutados y no pagados a la fecha.

Los importes puestos a cobro respecto a cada uno de los ocho (08) sistemas eléctricos que conforman la obra, surgen como consecuencia de la verificación efectuada sobre los trabajos valorizados y los realmente ejecutados según los metrados determinados en el Conforme a Obra.

La contratista ha culminado y entregado hace varios meses atrás la obra cuyo proceso constructivo se le encargó ejecutar, motivo por el cual al haber cumplido con la obligación a su cargo según lo pactado en el Contrato N°005-2010-MEM/DGER, corresponde se cancele el íntegro de la contraprestación pactada.

Sobre la procedencia del pago requerido, debe tenerse presente que conforme a la normativa de contratación estatal aplicable, en el caso de las obras contratadas bajo el



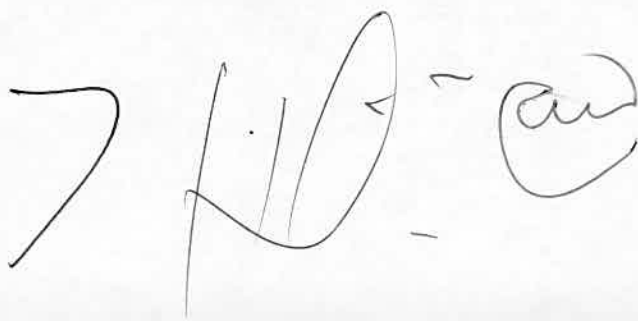
sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios del valor referencial afectado por el factor de relación, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el Contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas, procedimiento que señalan haber cumplido al elaborar la valorización remitida mediante Carta N° C-100-S033/2012, el pasado 07 de marzo de 2012, reiterando que los trabajos valorizados corresponden a partidas contractuales no cuantificadas y pagadas durante el proceso constructivo de la obra, hecho que debe ser regularizado a la brevedad y sin esperar a que se practique la liquidación de obra, en tanto en dicha etapa contractual sólo corresponde determinar algunas diferencias entre lo pactado y pagado, considerando principalmente los ajustes o actualizaciones que establece la ley.

La contratista solicita se tenga presente que conforme a la normativa especial aplicable, en las obras contratadas bajo el sistema a Precios Unitarios se valorizará y pagará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, por lo que corresponde el pago de la valorización remitida, ya que comprende el pago de los metrados realmente ejecutados durante el proceso constructivo de la obra.

De otro lado, la demandante solicita se tenga presente que las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta, por lo que, al haberse determinado sobre la base del Expediente Conforme a Obra, que existen metrados ejecutados y no pagados, no existe motivo que justifique que la demandada pretenda que dicho pago se determine durante el proceso de liquidación de obra, obligándolos así a esperar la contraprestación por el trabajo ejecutado hasta que se resuelvan todas las controversias surgidas en el marco del contrato que nos vincula, y se inicie y finalice el proceso de liquidación en comento.

Asimismo indican, que la Entidad en su Oficio N° 317-2012-MEM/DGER, no ha manifestado discrepancia alguna respecto al importe puesto a cobro, ni sobre el procedimiento y cálculo utilizado para su determinación, refiriéndose únicamente que el cobro de este concepto debe procurarse en la etapa de liquidación, por lo que se tiene por aceptado el importe y partidas determinadas en la valorización remitida mediante Carta N° C-100-033/2012, el pasado 07 de marzo de 2012.

Respecto a la pretensión de enriquecimiento indebido señalan, que los trabajos se ejecutaron a solicitud de la DGER/MEM y Supervisión de Obra, como parte del proceso constructivo de la obra, respecto a las partidas de suministro de materiales, transporte de



materiales y montaje electromecánico de las líneas primarias, redes primarias y redes secundarias de cada uno de los ocho (08) proyectos que integran la obra a nuestro cargo, cuyo detalle consta en la valorización remitida mediante Carta N° C-100-033/2012, el pasado 07 de marzo de 2012.

Asimismo, que estos trabajos no valorizados ni pagados pese a estar debidamente ejecutados, resultaban indispensable para la culminación y funcionalidad de la obra, conforme a lo determinado en el expediente técnico aprobado, por lo que la negativa de pago de parte de la demandada carece de sustento legal, máxime si el sistema de contratación que nos vincula es el de precios unitarios, por el cual se nos deben pagar por metrados realmente ejecutados.

Finalmente señala la demandante, que si nos atenemos a que han existido trabajos realmente ejecutados por nuestra parte y que no han recibido la respectiva contraprestación económica por parte de la Entidad contratante, pese habersele cursado a ésta la respectiva valorización y requerimiento de pago, se configura la existencia de un beneficiado –entiéndase en forma indebida- en este caso la DGER/MEM, ya que el enriquecimiento no sólo se manifiesta en el ingreso a su esfera patrimonial de efectos económicos directos y líquidos, sino, de la misma manera el ahorro vía la ausencia de una contraprestación debida a la que se encuentra obligado, toda vez que nuestra propia Carta Magna prohíbe el trabajo sin retribución, lo cual ha significado para la empresa demandada un beneficio que deberá restituir. Más claro aún, se encuentra el perjuicio del contratista, quien debió afrontar trabajos en los que ha existido uso de equipos, materiales, personal técnico y otros componentes propios del sistema de trabajo empleado, sin haber recibido la contraprestación económica pactada por los mismos, conforme a los precios unitarios establecidos en su oferta, debiendo tenerse presente que la ejecución de dichos trabajos data de hace varios meses atrás; resultando así aplicable lo dispuesto en el artículo 1954° del Código Civil, que determina que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

1.2 De la contestación de demanda y de sus ampliaciones presentada por la Entidad.

Con fecha 01 de agosto de 2011, LA DGER-MEM presentó su escrito de contestación a la demanda, la cual fue admitida a trámite mediante Resolución N° 03 de fecha 15 de agosto de 2011.



A través de la contestación de demanda, la demandada niega y contradice los extremos del emplazamiento del consorcio demandante en base a los argumentos que seguidamente se exponen:

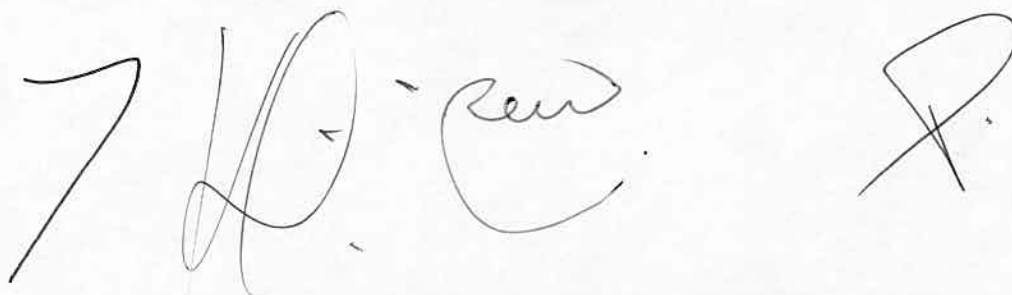
Sobre la Primera Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 122 días calendario, sin gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER:

El contratista en su pretensión se refiere a “LA AFECTACION DEL PLAZO CONTRACTUAL”, cuando en realidad debe referirse a “LA AFECTACION DEL CALENDARIO DE AVANCE”. Ambos conceptos no reflejan lo mismo puesto que “LA AFECTACION DEL PLAZO” por un lado, constituye un hecho real que es consecuencia de “LA AFECTACION DEL CALENDARIO DE AVANCE”, siendo su cumplimiento una responsabilidad ineludible del contratista.

Este deslinde conceptual es desconocido por el contratista al afirmar que la Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER fue emitida “*con prescindencia de criterios valorativos y al margen de criterios de validez conforme a las normas específicas de la materia*”, cuando precisamente dicha resolución ha tomado “*CRITERIOS VALORATIVOS*”, al considerar de exclusiva responsabilidad del contratista el cumplimiento del programa de avance de obra contractual.

Siendo este un arbitraje de derecho, es necesario verificar que la solicitud de Ampliación de Plazo cumpla con los requisitos y procedimientos estipulados en los artículos 200° y 201° del Reglamento. En ese sentido, debe verificarse si el contratista ha tipificado la causal y si ha demostrado la afectación de la ruta crítica para el Programa de Avance de obra vigente.

La entidad al evaluar la cuantificación de la Ampliación de Plazo N° 01, consideró que el fin de la causal no correspondía a la fecha de emisión de la Resolución Ministerial N° 026-2011-MEM/DM que aprobó el Presupuesto Adicional N° 01, 10 de febrero de 2011, sino a una fecha anterior que tenga en cuenta “EL RETRASO EN LA ENTREGA DEL EXPEDIENTE TÉCNICO”, documento que ha permitido determinar el Presupuesto Adicional N° 01; que implicó un descuento de setenta y siete días, correspondiendo de esta forma ampliar el plazo parcialmente sólo por treinta y cuatro (34) días calendario, debiendo finalizar éste el 04 de marzo de 2011.



Lo indicado presupone la existencia de la relación CAUSA – EFECTO, por cuanto, se considera que la aprobación del expediente técnico implícitamente pone fin a la causal prevista en el numeral 4) del artículo 200º del Reglamento.

Sin embargo, el artículo 207º del Reglamento, no establece esa condición, sino señala que : *“la necesidad de tramitar y aprobar una pretensión adicional de obra se inicia con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra ya sea por el contratista o el supervisor...”*; con lo que resulta que dicha anotación se realizó recién el 21 de diciembre 2010, fecha en el que el Contratista anotó esta necesidad; razón por la cual, cumplidos los plazos del trámite indicado en el referido artículo 207º, la aprobación de este presupuesto se realizó el 10 de febrero 2011.

Sobre la Segunda Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 96 días calendario, más S/. 192,974.04 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 056-2011-EM/DGER:

La Jefatura de Proyectos Sur determinó que el Contratista consideró como causales (lluvias y precipitaciones pluviales) ocurridas durante los meses de Noviembre 2010 y Enero 2011, las mismas que debieron ser sustentadas y presentados oportunamente conforme el artículo 201º del Reglamento, lo cual no sucedió, por lo que sólo los eventos acontecidos en dicho periodo devienen en improcedentes por extemporáneos.

Por lo tanto, corresponde evaluar únicamente los eventos ocurridos durante el mes de Febrero 2011. Del análisis de las anotaciones del cuaderno de obra y las constancias del SENAMHI, las cuales cumplen con acreditar las precipitaciones mayores a 20mm de conformidad con el contrato, se tiene que la concurrencia de dichos eventos ha afectado las actividades de suministro de materiales y montaje electromecánico del Programa de Avance de obra vigente del proyecto SER Pisac, mientras que la afectación de la ruta crítica del proyecto SER Chumbivilcas IV Etapa, ha generado modificaciones del Programa de Avance de Obra vigente en dos días, los cuales se traslapan con los originados por lluvias. En lo correspondiente a los demás proyectos de la obra, no ha habido afectación alguna que genere modificaciones en su cronograma de obra. Por lo tanto sólo procedería otorgar la ampliación de plazo por ocho (08) días calendario, por la causal de caso fortuito y/o fuerza mayor debidamente comprobado, que serían computados desde el 05 al 11 de marzo de 2011, con reconocimiento de gastos generales.



Sobre la Tercera Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 15 días calendario, más S/. 74,222.73 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 059-2011-EM/DGER:

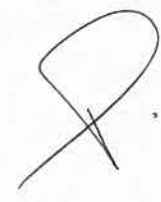
La decisión de la entidad se basa en lo opinado por la Supervisión de obra y la Jefatura de Proyectos Sur, área encargada de la administración del contrato, en sus respectivos informes.

La Supervisión de Obra y la Jefatura de Proyectos Sur en sus respectivos Informes, determinaron que conforme a las anotaciones del cuaderno de obra, la ocurrencia de las lluvias y bloqueo de accesos debido a derrumbes en la zona del proyecto SER CHUMBIVILCAS IV Etapa, han afectado la ruta crítica de ejecución del indicado proyecto (suministro de materiales y montaje electromecánico), por un total de quince (15) días calendario. Asimismo, que el cómputo de los quince días de afectación debe iniciarse el 07 de marzo 2011 (día siguiente a la conclusión programada para el proyecto SER Chumbivilcas IV Etapa), concluyendo el 21 de de Marzo de 2011, con lo cual la ampliación de plazo debe otorgarse por sólo nueve (09) días calendario. Ello considerando que la fecha de término del contrato vence el 12 de marzo de 2010, conforme a las Ampliaciones de Plazo N° 01 y N° 02.

Sobre la Cuarta Pretensión Principal y Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 13 días calendario, más S/. 64,326.37 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 073-2011-EM/DGER:

La decisión de la Entidad se basa en lo opinado por la Supervisión de obra y la Jefatura de Proyectos Sur, área encargada de la administración del contrato, en sus respectivos informes.

La Supervisión de Obra, así como la Jefatura de Proyecto Sur en sus respectivos informes, determinaron que la solicitud de ampliación de plazo fue presentada el 05 de Abril 2011, es decir, fuera del plazo vigente del contrato, el mismo que venció el 21 de marzo de 2011 (determinado por las Ampliaciones de Plazo N° 01, N° 02, y N° 03 aprobados), por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 201° del Reglamento, la misma resulta inadmisibles.



Asimismo señala la entidad, que de acuerdo a los registros de lluvias efectuados por el residente en el cuaderno de obra, dicha circunstancia sólo se ha presentado en forma esporádica (ciertas horas del día) y cada vez con intensidad menor del 17 y 24 de marzo de 2011, teniendo el contratista la obligación de adoptar las previsiones del caso para revertir el ritmo lento de la obra.

Sobre la Quinta Pretensión Principal – Costos y Costas derivados del arbitraje:

No es amparable porque es la demandante quien ha iniciado el presente proceso arbitral de una forma temeraria, por lo que todos los gastos arbitrales y de la secretaría deben ser asumidos sin excepción por ella.

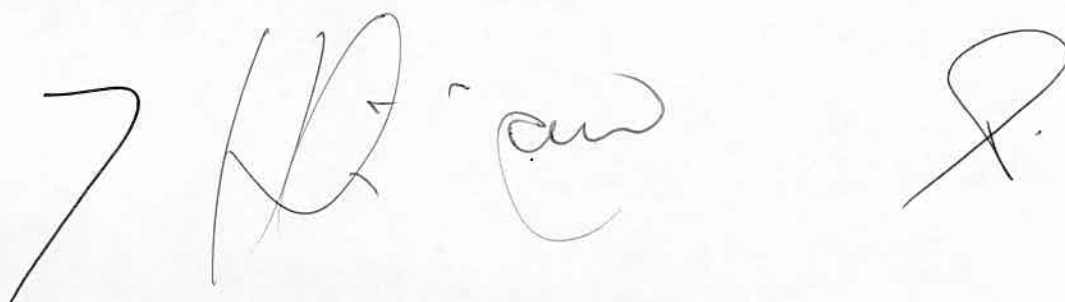
Con fecha 06 de setiembre de 2011, LA DGER-MEM contesta la primera acumulación de pretensiones formulada por el contratista, negándola y contradiciéndola conforme a los siguientes fundamentos:

Sobre la Primera Pretensión Principal Acumulada y su Accesorio – Aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 por 12 días calendario, más S/. 36,638.10 por gastos generales y la consecuente nulidad de la Resolución Directoral N° 114-2011-EM/DGER:

La actora pretende sustentar su solicitud argumentando que existieron situaciones exógenas (paro anti minero) a ella que le impidieron tener acceso a las localidades beneficiadas del proyecto desde el 18 al 27 de mayo de 2011, lo cual registró en los asientos 312, 313, 315, 316, 318, 319, 321, 322, 324, 325 y 326 del cuaderno de obra.

El Supervisor de la Obra, en su Informe N° 026-2011/CER/JCH, recomendó desestimar la solicitud de la actora por lo siguiente: a) la solicitud fue presentada el 06.06.2011, es decir, fuera del plazo vigente del contrato, el mismo que venció el 21.03.2011; b) si la actora se encontraba fuera del plazo antes expresado, no habría afectación de ruta crítica ni del calendario de avance de obra, toda vez que el plazo vigente del contrato venció el 21.03.2011; c) el "paro antiminero" al que hace referencia la actora no significó una afectación continua, sino fue una medida temporal.

El área encargada de la administración del contrato expuso en su oportunidad que estaba conforme con el informe del supervisor, agregando que los incidentes "exógenos" antes



señalados no pudieron afectar los avances de la obra, ya que la mayor parte de la misma se encuentra fuera de la ciudad de Juli y de la vía transoceánica.

Todos los asientos del cuaderno de obra que se ha indicado como sustento de la causal, son posteriores al plazo contractual modificado que ya se había concedido a la actora según la Resolución de Ampliación de Plazo N° 03, de fecha 28 de marzo de 2011; con lo que evidentemente no existe afectación de la ruta crítica, porque la causal invocada (paro anti-minero) se ha suscitado fuera del plazo contractual modificado, con lo que, no es posible acogerse a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05.

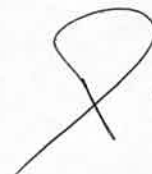

Adicionalmente señala la DGER, que el supervisor al momento de analizar la Ampliación de Plazo N° 05, determinó que por un lado, a) la actora sólo había presentado 10 asientos del cuaderno de obra y solicita el reconocimiento de 12 días de plazo adicional, lo cual no guarda correspondencia lógica ni proporcional, y por el otro, b), lo únicos días en que acontecieron realmente los disturbios señalados por la actora, fueron los días 18, 19 y 20, considerando que éstos no impidieron en su totalidad los trabajos.

Finalmente, la demandada señala que los recortes periodísticos presentados por el consorcio, no constituyen prueba plena a efectos de acreditar "las paralizaciones", toda vez que, de las mismas no se desprenden actos de vandalismo o de conmoción civil, ni mucho menos que estas protestas anti mineras hayan tenido incidencia en la afectación de la ruta crítica.

Con fecha 24 de mayo de 2012, LA DGER-MEM contesta la segunda acumulación de pretensiones formulada por el contratista, negándola y contradiciéndola conforme a los siguientes fundamentos:

Segunda Pretensión Principal Acumulada y su Subordinada – Se ordene el pago de la valorización por metrados ejecutados y no cancelados durante el proceso constructivo de la obra, o se declare el derecho del consorcio de recibir de la DGER a título de indemnización por enriquecimiento indebido, el monto que corresponde a dichos trabajos ejecutados y no pagados a la fecha.

Mediante el Informe N° 053-12-MEM/DGER/DPR-JPS del 09 de abril del 2012 y Memorándum N° 083-12/MEM/DGER/DPR-JPS, la Jefatura de Proyectos Sur como administradora del Contrato de Obra, emitió el informe técnico sobre la pretensión del contratista del pago de la "Valorización de cierre", y no como ahora titula su pretensión



como "Denegatoria de pago de la valorización por los trabajos ejecutados durante el proceso constructivo de la obra", SIENDO EL TÉRMINO REAL "VALORIZACIÓN DE LIQUIDACION", conforme se indica en los cuadros de Distribución de Montos a pagar por proyecto, anexo a la Carta C-100-033/2012.

Lo que en el fondo solicita el consorcio es el pago de su liquidación de contrato, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 211º del Reglamento, que entre otros estipula que, *"no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver"*, siendo las controversias las correspondientes a las ampliaciones de plazo N°s 01, 02, 03, 04 y 05.

En el informe antes mencionado se precisó que, no existe pendiente de atención ninguna valorización de obra procesada durante el plazo de ejecución vigente, las cuales ascienden a 17 valorizaciones del contrato principal y 6 valorizaciones del Adicional N° 01.

Asimismo, mediante el informe en mención se precisó que existen descuentos que deben aplicarse en la Liquidación Final del Contrato.

Adicionalmente señala la DGER, que el contratista tiene la obligación de acreditar el cumplimiento de sus prestaciones pactadas con la suscripción de dicho contrato, es decir, presentar todas las documentaciones contractuales derivadas de dicho contrato debidamente aprobadas por la supervisión, a fin de poder elaborar y presentar su liquidación final según el procedimiento estipulado por el artículo 211º del Reglamento y la cláusula vigésimo primera del contrato, sin lo cual y existiendo controversias por resolver, no es posible presentar, aprobar y pagar ninguna liquidación, lo contrario sería actuar al margen de la normatividad vigente.

La valorización de liquidación o valorización de cierre presentada por el contratista no dispone de ninguna conformidad de la supervisión, por lo que dicha solicitud de pago NO CUMPLE CON LA FORMALIDAD REQUERIDA MUY APARTE DE SI ES PROCEDENTE O NO SU PAGO.

Respecto a la indemnización por enriquecimiento indebido, la demandada señala que el contratista intenta configurar el no pago según lo solicitado como un daño, lo cual no es cierto; en tanto en ningún momento han denegado el pago de la valorización o saldo resultante de alguna liquidación de contrato, lo que se ha indicado es que en la forma y condición presentada dicha valorización no es atendible, la cual debe ser considerada en



la liquidación del contrato, incluyéndose en el mismo también los descuentos que correspondan, los cuales están sujetos a la emisión del laudo arbitral.

Finalmente señala que, de la revisión de los cuadros anexados a la Carta C-100-033/2012, se observa que los metrados para la liquidación, determinados por el contratista, sólo se basan en los que corresponden al "Conforme a Obra" y "Avance Valorizado", cuya diferencia pretenden cobrar como liquidación, sin comparar el metrado "Conforme a Obra" con el "Metrado Autorizado", por lo que la metodología y cálculo empleado resulta incorrecto, más aún cuando no tiene la conformidad de la supervisión, puesto que el contratista no ha cumplido con presentar en forma total los expedientes técnicos conforme a obra completos y corregidos para la aprobación correspondiente.

I.3 AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

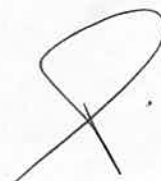
El 19 de octubre de 2011 se realiza la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, verificándose la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes y procediéndose a declarar saneado el proceso arbitral. Seguidamente, se consultó a las partes si era posible arribar a algún acuerdo conciliatorio, no habiendo las partes llegado a acuerdo alguno.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos, los cuales fueron definidos en el siguiente orden:

De la Demanda y Contestación de la Demanda

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 01, otorgándose ciento veintidós días (122) solicitados, debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por la ejecución del Adicional N° 01. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución Directoral N° 030-2011 EM/DGER.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no la aprobación de la ampliación de plazo N° 02, otorgándose los noventa y seis (96) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 192,974.04 (ciento noventa y dos mil novecientos setenta y



cuatro nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución Directoral N° 056-2011-EM/DRER.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 03, otorgándose los quince (15) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 74,222.73 (setenta y cuatro mil doscientos veintidós con 73/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 059-2011-EM/DGER.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 04, otorgándose los trece (13) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 64,326.37 (sesenta y cuatro mil trescientos veinte y seis con 37/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 073-2011-EM/DGER.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 05, otorgándose los doce (12) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 36,638.10 (treinta y seis mil seiscientos treinta y ocho con 10/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (toma de carreteras y paro generalizado en las provincias del sur del Departamento de Puno) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 114-2011-EM/DGER.



Asimismo EL CONSORCIO solicitó al Tribunal que de resolverse favorablemente la cuestiones controvertidas planteadas, determinar si corresponde a la DGER asumir los costos arbitrales relacionados al presente proceso, el pago de costas y costos emergentes del presente proceso arbitral.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por ambas partes durante el desarrollo del presente arbitraje.

Durante el desarrollo del arbitraje y antes del cierre de la etapa probatoria, EL CONSORCIO, solicitó la acumulación al proceso de una nueva pretensión, la misma que fue debidamente aceptada por la parte demandada, ampliándose en consecuencia los puntos materia de controversia. Los fundamentos expuestos por la parte demandante, así como los fundamentos de su contestación por parte de la demandada, han sido resumidos precedentemente. Siendo así se establece como sexto punto controvertido el siguiente:

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar la procedencia del pago de la valorización de cierre que por metros ejecutados y no cancelados durante el proceso constructivo de la obra ha formulado el contratista, por un total de s/. 2'126,620.44 (Dos millones ciento veinte y seis mil seiscientos veinte con 44/100 nuevos soles) mas IGV.

El Tribunal decretó el cierre de la Instrucción y concedió a las partes el plazo de 05 días hábiles para que cumplan con expresar sus alegatos correspondientes.

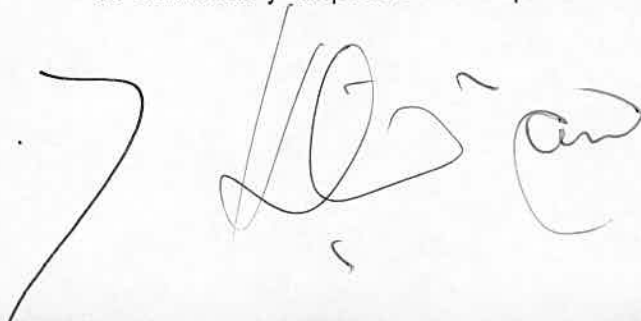
De los Alegatos

Dentro del plazo otorgado EL CONSORCIO demandante cumplió con expresar alegatos por escrito.

La parte DEMANDADA no expuso alegatos por escrito pese a haber sido debidamente notificada.

De la Audiencia de Informe Oral

Con fecha 07 de diciembre de 2012 se llevo a cabo la Audiencia de Informes Orales. Las partes expusieron su posición sobre los hechos indicados en las pretensiones de la demanda y ampliaciones, así como respecto a la contestación de demanda y ampliaciones respectivamente.



Asimismo, en dicho acto se fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de realizada la audiencia.

Y CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el DEMANDANTE presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que la DEMANDADA fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

Por otro lado, este Tribunal conviene en precisar que el análisis que a continuación se efectúa se limita a los puntos controvertidos que se han evaluado y determinado en el presente arbitraje, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes, así como el respeto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral.

III. ANÁLISIS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no se declare la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 01, otorgándose ciento veintidós días (122) solicitados,



debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por la ejecución del Adicional N° 01. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución Directoral N° 030-2011 EM/DGER.

La Entidad mediante la Resolución Ministerial N° 026-2011-MEM/DM, aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 de la obra, ascendente a S/. 5'214,103.73 incluido el IGV, el mismo que está constituido por mayores metrados y partidas nuevas, representando una incidencia de 11.03% respecto al monto del contrato.

Para la ejecución de las actividades comprendidas en el Presupuesto Adicional N° 01, el contratista, invocando lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 200° del Reglamento, solicitó mediante la Carta N° C-100-021/2011, (anexo 04 del escrito de demanda), ampliación de plazo por un total de 122 días calendario, manifestando que la adquisición de los materiales previstos en el adicional, definen el plazo de ejecución del mismo, siendo los aisladores ANSI 56-4 y pararrayos de 27kv, los que mayor tiempo demandan - 98 días-, hecho que desplaza las demás actividades dependientes de este suministro, como tendido y flechado de conductores, instalación de otros materiales, pruebas y puesta en servicio.

La Entidad mediante Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER de fecha 10 de febrero de 2011, (anexo 08 del escrito de demanda), aprobó en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 del contratista, otorgándole un plazo de 34 días calendario, computados desde el 30 de enero al 04 de marzo de 2011.

La controversia que debe resolverse en esta pretensión se limita a determinar la cantidad de días que corresponde aprobarse por la Ampliación de Plazo N° 01, siendo importante señalar que la causal invocada ha sido reconocida por la entidad, quien a su vez ha verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en el artículo 201° del Reglamento.

En este contexto, el Tribunal Arbitral a continuación desarrollará su análisis y pronunciamiento respecto al fondo de la controversia descrita líneas arriba.

El artículo 201° del Reglamento establece entre otros que:



"(...) la ampliación de plazo será procedente siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra".

Se verifica a fojas 02 y 03 de la Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER, así como en el anexo 06 del escrito de demanda, que el área técnica de la entidad a través del Informe N° 01-2011-CER/JCH emitido por la Supervisión de Obra, determinó que la ejecución del adicional de obra se desarrolla empleando un tiempo especial de suministro, montaje y transporte que afecta la ruta crítica, lo que origina el desplazamiento de las barras y plazos en las partidas afectadas hasta el 11 de mayo de 2011, es decir por un total de 102 días calendario, recomendando aprobar la Ampliación de Plazo N° 01 por igual número de días.

Se verifica a fojas 03 de la Resolución Directoral N° 030-2011-EM/DGER, así como en el anexo 06 del escrito de demanda, que el área técnica de la entidad a través del Informe N° 056-11-MEM/DGER-DPRS-JPS, emitido por la Jefatura de Proyectos Sur, área encargada de la administración del contrato, determinó que corresponde la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01, debido a que el cronograma vigente se vio afectado en la ejecución de las partidas: *"montaje de conductores de aleación de aluminio"*, *"pruebas y puesta en servicio"* y *"montaje de armados"*, por ser parte del adicional los materiales que lo componen, siendo que dichas partidas se encuentran en la ruta crítica.

Asimismo, tal como consta a fojas 04 del Informe precitado, la DGER determinó lo siguiente:

"(...) El contratista ha considerado la ejecución del Presupuesto Adicional N° 01 desde el 30-01-11, lo cual es incorrecto, toda vez que habiéndose aprobado dicho presupuesto con fecha 18-01-11, el análisis cronológico de la ejecución de dicho presupuesto debió efectuarse desde el día siguiente de su aprobación. En ese sentido, desplazándose hacia atrás todo el análisis efectuado por el Contratista, es decir, hasta el 19-01-11, el cronograma vigente resultaría modificado hasta el 21-05-11 para el caso del Adicional y para la parte contractual hasta el 20-05-11."

Habiendo la Supervisión en su informe determinado que la ejecución del Adicional sería hasta el 11-05-11, la fecha de 01-06-11 determinada por el Contratista quedaría sin efecto, manteniéndose la fecha 31-05-11 determinada por el

Contratista como resultado de la afectación de las partidas contractuales por la ejecución del adicional.

*Por lo tanto, efectuando la corrección de la fecha 31-05-11, haciendo el corrimiento de las respectivas barra desde el 19-01-11, día siguiente de la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01, **resultaría que el Cronograma Vigente sería modificado hasta la fecha 20-05-11.** (...)"*

En el presente caso, con los Informes de la Supervisión y la DGER se demuestra que la causal invocada por el contratista "Ejecución del Adicional N° 01" afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente hasta el 20-05-11, resultando necesario para culminar la obra la ampliación del plazo de terminación desde el 30-01-11 hasta el 20-05-11, es decir, por un total de 110 días calendario, sin reconocimiento de gastos generales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 202° del Reglamento.

Respecto a la deducción al plazo de afectación (20-05-11), que realiza la DGER invocando que el contratista incurrió en retraso atribuible a su parte en la elaboración y entrega del expediente técnico (77 días), este Tribunal considera que dicha deducción no resulta aplicable y/o procedente al presente caso, en tanto ello no está pactado en el contrato, las bases, ni en la normativa de contratación estatal aplicable.

En efecto, ni el contrato o los documentos que lo integran (bases integradas), ni en la normativa aplicable (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento), se ha establecido que para el otorgamiento de la ampliación de plazo originada por la ejecución de un adicional, se deba realizar la deducción de alguna demora incurrida por el contratista en la elaboración del expediente técnico. El artículo 201° del Reglamento ha establecido como únicas condiciones para el otorgamiento de la ampliación de plazo, que exista afectación de la ruta crítica y que dicho plazo resulte necesario para la culminación de la obra, supuestos que tal como se ha desarrollado en los párrafos precedentes se han acreditado en el presente caso, por el propio reconocimiento de la DGER, a través de su área técnica (Supervisión de obra y Jefatura de Proyectos Sur).

En el numeral 6.1 del contrato que vincula a las partes, se establecieron como prestaciones a cargo del contratista: a) Elaboración del expediente técnico, y b) Ejecución de la obra.


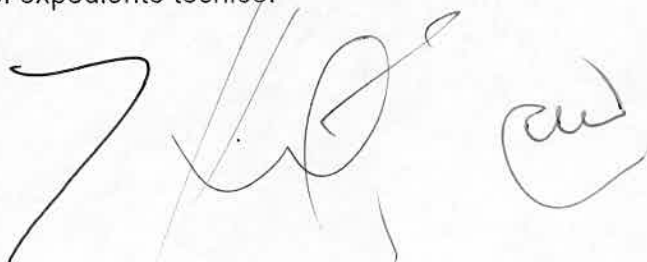


En la Cláusula séptima del contrato que vincula a las partes, se estableció como plazo de ejecución total de la OBRA materia del contrato 360 días calendario, no habiéndose desagregado claramente como si se hace en el numeral 1.2 de la sección específica de las Bases Integradas, que dicho plazo está compuesto por 90 días para la elaboración del estudio definitivo y 240 días para la ejecución de la obra propiamente dicha. Cabe indicar, que en el mismo numeral de las bases integradas a diferencia de la omisión incurrida en el contrato, se estableció que el plazo de ejecución de obra se inicia con la aprobación del Estudio Definitivo, precisándose que la DGER podía realizar aprobaciones parciales (por cada proyecto).

En este contexto, y de acuerdo a la documentación presentada por las partes, se encuentra evidenciado que si bien para la ejecución del contrato se establecieron plazos específicos respecto a cada una de las dos prestaciones, en la práctica, considerando la naturaleza del contrato y los requerimientos propios de la obra, en determinado momento dentro del plazo total de ejecución, ambas prestaciones (elaboración del expediente técnico o estudio definitivo y ejecución de la obra propiamente dicha) se realizaron en forma paralela, por lo que no resulta posible determinar fehacientemente en qué momento terminó la prestación a) y en qué momento inició la prestación b), esto en caso fuera procedente realizar la deducción que pretende la entidad.

En tal sentido este Tribunal considera que siendo que la entidad ha determinado que le asiste responsabilidad al contratista por la demora en la entrega del expediente técnico, debería haber procedido a aplicar como sanción la penalidad prevista en el artículo 165º del Reglamento y no la deducción de la ampliación de plazo como mecanismo de compensación, conforme lo ha aplicado.

Respecto a este extremo, se ha determinado que si bien en mérito al Pronunciamiento emitido por el OSCE, mediante Oficio N° 349-2009-DTN/STNO de fecha 09 de noviembre de 2009, al absolver la elevación de bases, la DGER incluyó en la Proforma de Contrato (numeral 14.1) penalidades específicas o independientes para cada una de las prestaciones a cargo del contratista, no varió lo previsto en el numeral 3.5 de las condiciones generales de las bases integradas, quedando establecido al igual que en el contrato, que la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de la obra se realizaría conforme a lo previsto en el artículo 165 del Reglamento, es decir, respecto sólo a la ejecución de la obra, entendiéndose que la DGER no consignó en el contrato celebrado el cobro de una penalidad por la prestación referida a la elaboración del expediente técnico.



Este Tribunal considera que no obstante la inexistencia de sustento legal que ampare la deducción de plazo efectuada por el contratista respecto al número de días de afectación por la ejecución del adicional, resulta necesario emitir opinión respecto a lo alegado por la DGER, en el sentido que la deducción del plazo se realiza debido a que la demora en la presentación del expediente técnico fuera del plazo pactado es atribuible al contratista.

Al respecto, mediante los medios probatorios aportados por la demandante como anexos 10, 11, 16, 17, 18 y 19 de su escrito de demanda y lo señalado en la Primera Audiencia de Hechos de fecha 09 de noviembre de 2011, se ha evidenciado que la demora incurrida se debió entre otros hechos a que en los SER Huancavelica, SER Huancané y SER Chumbivilcas IV etapa, la supervisión demoró más de noventa (90) días para formular observaciones al primer borrador del expediente técnico presentado, ello no obstante que el plazo que tenía para hacerlo era de diez (10) días, hecho no imputable al contratista que influyó en forma determinante en la demora incurrida en la presentación y aprobación del expediente técnico, siendo importante resaltar que este hecho no ha sido cuestionado ni desvirtuado durante la Audiencia de Hechos, ni durante el curso del presente proceso arbitral, quedando en consecuencia determinado que la demora en la presentación del expediente técnico no se debió a causa atribuible al contratista.

En este sentido, corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión del contratista, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 01, por un total de 110 días calendario sin reconocimiento de gastos generales.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no la aprobación de la ampliación de plazo N° 02, otorgándose los noventa y seis (96) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 192,974.04 (ciento noventa y dos mil novecientos setenta y cuatro nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución Directoral N° 056-2011-EM/DRER.



De acuerdo a la solicitud e informe técnico legal de la Ampliación de Plazo N° 02 (anexo 35 del escrito de demanda), los hechos que sustentan la causal invocada "*Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados*", son las lluvias registradas y las consecuencias derivadas de este fenómeno natural (huaycos, deslizamientos e inundaciones), en la zona del proyecto (SER PISAC-HUANCARANI-PAUCARTAMBO II ETAPA, SER CHUMBIVILCAS IV ETAPA, SER CHUMBIVILCAS III ETAPA, SER JULI, SER HUANCANE II ETAPA), en tanto los mismos habrían ocasionado bloqueos e inhabilitación de carreteras, impidiendo el tránsito hasta la zona de obra perteneciente a los proyectos antes referidos, lo cual afectó la ejecución de los trabajos y retrasó la culminación integral de la obra.

En este sentido, este Tribunal ha procedido a analizar los medios probatorios que obran en el expediente, estableciendo que se ha tratado de un hecho continuado y permanente en el tiempo (lluvia y sus consecuencias). Al respecto debemos precisar que para evaluar la procedencia de la causal debe también hacerse la evaluación respectiva respecto de las consecuencias que las referidas lluvias pudieron originar. En tal consideración, se ha determinado que la afectación del avance de la obra no se debió únicamente a las precipitaciones pluviales con volúmenes mayores a 20mm diarios que cayeron en las zonas que comprende la obra, sino también a las consecuencias derivadas de dichas precipitaciones (huaycos, derrumbes, inundaciones, bloqueos e inhabilitación de carreteras), configurándose así la continuidad en la causal y la consecuente afectación del calendario de avance de obra, bajo el siguiente esquema continuado: lluvias-consecuencias-lluvias-consecuencias.

Siendo así, no resultaría procedente lo afirmado por la Entidad, en el sentido que el Contratista haya tenido que cuantificar su solicitud de ampliación de plazo, dentro de los quince (15) días siguientes al cese de la lluvia, en tanto el primer párrafo del artículo 201° del Reglamento, establece que la solicitud, sustentación y cuantificación de la ampliación de plazo se debe realizar dentro de los quince (15) días siguientes de *concluido el hecho invocado*. Al respecto, conforme lo hemos señalado precedentemente no solo se deben tener en cuenta las lluvias registradas en la zona del proyecto sino además las consecuencias derivadas de este fenómeno natural que otorgan la característica de continuado el hecho que origina la causal invocada.

No obstante considerar que conforme a lo previsto en el Contrato de Obra, numeral 15.2 de la cláusula décimo quinta, el hecho invocado por el contratista como causal se enmarca dentro de lo previsto en el numeral 3) del artículo 200° del Reglamento, "*Caso*

Handwritten signature and initials in black ink, appearing to be 'J. P. Aliaga' and 'E. Otiniano'.

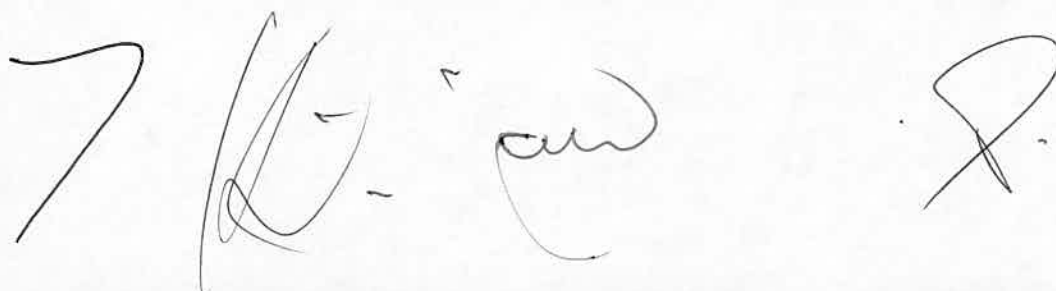
fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados", en tanto las lluvias que invoca son iguales o superiores a los 20mm diarios, el Tribunal considera necesario en segundo orden remitirse a las normas del Código Civil, específicamente al artículo 1315º, el cual establece los tres elementos que deben existir para considerar que se está frente a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, es decir, que el hecho debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible.

Al respecto, la doctrina y la tradición jurídica han definido las características que de conformidad con el artículo 1315º del Código Civil debe tener un hecho para ser considerado como fuerza mayor. Nos remitimos a lo explicado por el Dr. Felipe Osterling Parodi, respecto a definir en qué consiste cada una de las tres características que debe presentar un hecho para que sea considerado como fuerza mayor. Señala Osterling que lo extraordinario de un hecho se refiere a que el mismo no es común o usual; la imprevisibilidad, que no se sabía que el hecho iba a suceder; y la irresistibilidad, a la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Osterling Parodi agrega, que un acontecimiento extraordinario es todo aquel que sale fuera de lo común, que no es usual. La previsión debe considerarse al tiempo de contraer la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla.

Habiendo definido las características con las que debe contar un hecho para que el mismo configure un supuesto de fuerza mayor, el Tribunal Arbitral pasa a analizar si en la ejecución del contrato se presentó o no dicho supuesto.

Para dichos efectos se debe considerar lo siguiente:

- Lo extraordinario, lo determina el hecho que los valores de las precipitaciones comunes o usuales en dicha zona en el periodo noviembre 2010 a febrero 2011, no superan los 20 mm diarios, siendo que en este caso, conforme ha quedado acreditado en autos, si se superaron y en demasía. La entidad consideró como hecho extraordinario y pasible de ser catalogado como fuerza mayor, la presencia de lluvias con valores iguales o superiores a 20 mm diarios, requisito cuyo cumplimiento se verifica en los reportes de lluvia emitidos por el SENAMHI, adjuntos como medios probatorios del informe que sustenta la solicitud de ampliación de plazo N° 02
- Respecto a la previsibilidad, debemos señalar que si bien las lluvias en la zona donde se ubica la obra son predecibles durante los meses de noviembre a mayo, como refiere la entidad, la intensidad, magnitud, frecuencia y sobre todo las



consecuencias derivadas de las precipitaciones registradas durante el periodo noviembre 2010 a febrero 2011, superaron los valores, frecuencia, intensidad y afectación usual en dicha zona y tiempo.

- Con relación a la irresistibilidad, ésta se evidencia porque no obstante el trabajo de las autoridades de la zona para amenguar las consecuencias derivadas de las fuertes lluvias, entre ellas desbloquear o habilitar los caminos, no fue posible evitar la paralización de las actividades en dichas localidades por cuanto, de acuerdo a los documentos presentados, no era posible que vehículos y peatones pudieran transitar.

Habiéndose determinado que durante la ejecución de la obra se configuró la causal de "fuerza mayor" que prevé el propio contrato (cláusula decimo quinta), y la normativa especial aplicable (numeral 3) del artículo 200º del Reglamento, corresponde evaluar si la acreditación de las precipitaciones pluviales con valores iguales o superiores a 20 mm diarios fue realizada por el SENAMHI o alguna entidad similar en la zona, como lo requiere el contrato.

Al respecto, según obra en el expediente, el contratista acreditó las precipitaciones iguales o superiores a 20 mm diarios, con los reportes de lluvia emitidos por el SENAMHI, teniéndose en consecuencia por validos los reportes y por cumplida la exigencia que establece el contrato.

Respecto a la afectación del calendario de avance de obra, el demandante en su solicitud de ampliación de plazo cumplió con señalar qué partidas del calendario fueron afectadas por la causal invocada: suministro de materiales (aisladores y accesorios, conductor de aleación de aluminio, accesorios para conductor, conductor de cobre, material de ferretería para postes y crucetas, retenidas y anclajes, material para puesta a tierra) y montaje electromecánico (despeje de árboles, instalación de postes de concreto y madera, instalación de retenidas, montaje de armados y conductores, instalación de puestas a tierras).

Habiéndose determinado que el hecho invocado por el contratista como sustento para su ampliación de plazo se ha configurado y que el mismo evidentemente ha afectado el avance de la obra en condiciones normales, correspondería proceder a determinar los días de afectación que resultan amparables.



Al respecto de los medios probatorios aportados por el Demandante se desprende lo siguiente:

- Cuaderno de Obra: Los hechos que sustentan la causal invocada (lluvias y sus consecuencias) fueron registrados en el cuaderno de obra, cumpliéndose así lo dispuesto en el Reglamento.
- Registro de Lluvias: Los reportes del SENAMHI presentados por el contratista, corresponden a tres (03) Estaciones que registran las precipitaciones presentadas en el Departamento de Cusco y la Certificación N° 008/2011 que registra las precipitaciones presentadas en el Departamento de Puno, respecto al periodo comprendido entre noviembre 2010 y febrero 2011.

Al respecto éste Tribunal considera importante resaltar el hecho que en el Departamento de Cusco se ubican tres (03) de los (08) SER o proyectos que conforman la obra (PISAC-HUANCARANI-PAUCARTAMBO II ETAPA, CHUMBIVILCAS III ETAPA y CHUMBIVILCAS IV ETAPA), y en el Departamento de Puno otros tres (03) proyectos (AYAVIRI II ETAPA, HUANCANE II ETAPA y JULI), lo que debe tenerse presente.

Las precipitaciones registradas en los documentos emitidos por SENAMHI, con intensidad igual o superior a 20 mm diarios, durante el periodo comprendido entre noviembre 2010 y febrero 2011, hacen un total de 54 días, verificándose otras de menor rango, que de igual forma evidencian la permanencia y frecuencia de las precipitaciones y sus consecuencias.

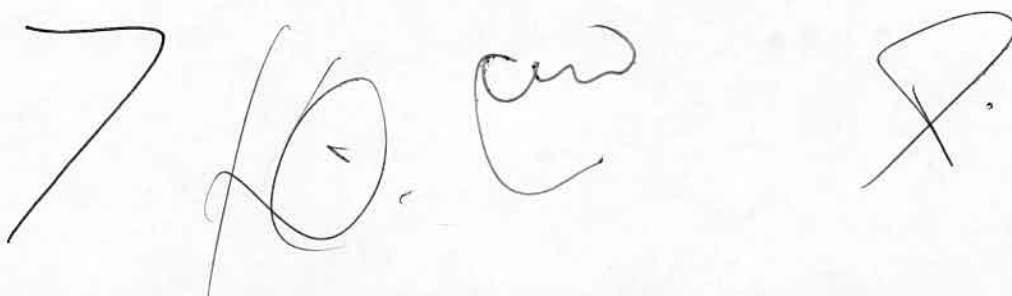
Según obra en autos, la Certificación N° 008/2011 emitida por el Director Regional de SENAMHI Puno, las precipitaciones se clasifican según su intensidad de la siguiente forma:

- Menor a 1.5mm, **precipitación de intensidad débil** o leve, en la cual pueden desarrollarse trabajos a intemperie.
- De 1.5 a 3.0mm, **precipitación de intensidad ligera**, en la cual pueden desarrollarse trabajos a intemperie, aunque con cierta dificultad.
- De 3.0 a 9.0mm, **precipitación de intensidad moderada**, en la cual no se permiten desarrollar trabajos a intemperie.

- De 9.0 a 36.0mm, precipitación de intensidad fuerte, en la cual ningún tipo de trabajo a intemperie puede llevarse a cabo, prácticamente resulta imposible efectuar cualquier tipo de labor. (El resaltado corresponde al Tribunal Arbitral)
- De 36.0 a 100.0mm, **precipitación de intensidad intensa**, en la cual resulta peligroso intentar desarrollar cualquier tipo de trabajo a intemperie.
- Mayor a 100.0mm, **precipitación de intensidad extraordinaria**.

En los reportes analizados por este Tribunal, se evidencia que de los 54 días con precipitaciones con valores superiores a los 20mm diarios, 20 de ellos tienen valores superiores a los 40.0 y mm diarios, hecho que según la clasificación de SENAHMI no sólo no permite la ejecución de trabajos, sino además hace peligrosa cualquier actividad a la intemperie o sobre superficie. Asimismo, se corrobora que existieron 03 días en que las precipitaciones pluviales superaron los 100.00mm diarios, llegándose a un máximo de 142.3 mm diarios, todo lo cual ratifica lo extraordinario, irresistible e imprevisible del hecho de fuerza mayor invocado como causal, en el extremo de las lluvias presentadas, así como la magnitud y continuidad de las consecuencias derivadas de este fenómeno natural, resultando evidente que con precipitaciones que superan la intensidad fuerte llegando incluso a intensidad extraordinaria, se sufrirán atrasos en el cumplimiento de la prestación a cargo del contratista no solo por la falta de transitabilidad en los caminos que conducen a la zona de obra, sino porque además el terreno en superficie donde se deben ejecutar los trabajos no se encuentra en condiciones apropiadas para el desarrollo de actividades.

- Reportes periodísticos: Se han verificado reportes periodísticos que acreditan la presencia de lluvias inusuales y de gran intensidad en la zona y sus consecuencias durante los meses de noviembre 2010 a febrero de 2011, refiriendo en todos los casos, que se vienen presentando desbordes de ríos, huaycos, derrumbes y otros que bloquean las carreteras y las inhabilitan para el tránsito vehicular y peatonal.
- Tomas fotográficas: Acreditan la magnitud de las consecuencias dejadas por las precipitaciones ocurridas en la zona de obra, se advierte el desborde de ríos y carreteras inhabilitadas como consecuencia de los derrumbes y huaycos que produjeron las lluvias.



- Certificaciones y/o Constancias de las autoridades de la zona: El consorcio demandante ha presentado como medio probatorio anexo a su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, los siguientes documentos:

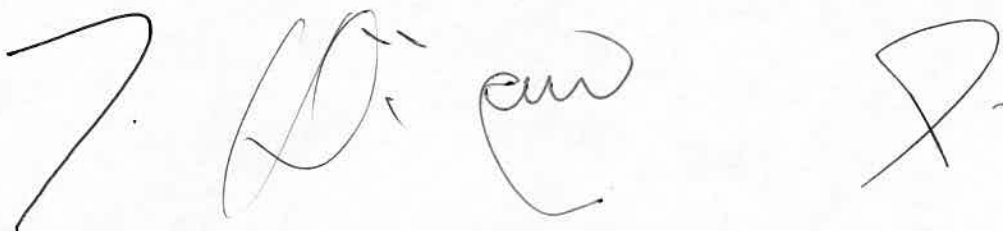
“Constancia emitida el 18.02.11 por el Teniente Gobernador de la Municipalidad del Centro Poblado Pulpera – Condes – Santo Tomas – Chumbivilcas, mediante la cual certifica que debido a las intensas lluvias en la zona, desde el 15.01.2011 hasta la fecha, las vías de acceso a sus comunidades se encuentran interrumpidas, haciendo imposible el ingreso de vehículos para el traslado de materiales a dichas localidades por parte del contratista CAME SA, que realiza trabajos de electrificación rural en la zona”.

“Constancia emitida el 21.02.11 por el Teniente Gobernador de la Comunidad Ayaccasi, mediante la cual certifica que el acceso a sus localidades se encuentra bloqueado desde el 15.12.2010 hasta la fecha, debido a que las intensas lluvias, lo que origina que las zonas se encuentren incomunicadas y desabastecidas de alimentos de primera necesidad”.

Estas constancias emitidas por autoridades locales de la zona donde se desarrolla la obra, confirman lo señalado por el demandante, respecto a la continuidad en el tiempo de dichas consecuencias, ello al margen que las precipitaciones con la intensidad requerida se hayan o no seguido presentando en forma constante.

Debemos precisar, que la Entidad no ha podido desvirtuar que no se hayan suscitado en la zona de obra las precipitaciones de gran intensidad y sus consecuencias tal como manifiesta el consorcio y que se ha acreditado con los medios probatorios que hemos evaluado en los párrafos precedentes, lo que causa convicción en este Tribunal Arbitral.

Finalmente, debemos señalar que en el presente caso, para que resulte procedente la ampliación del plazo de obra, no resulta necesario que el evento extraordinario o causal invocada se presente en TODAS las localidades y proyecto o SER donde se ejecuta la misma, en tanto el atraso en sólo uno de los proyectos impide la conclusión y entrega integral de la obra, no habiéndose pactado en el contrato que vincula al demandante y demandado, plazos parciales para la entrega de proyectos en forma individual sino un plazo único dentro del cual los ocho (08) proyectos que la integran deben haber concluido. Sin perjuicio de lo señalado, debemos resaltar que, conforme este Tribunal lo



ha referido precedentemente, la causal invocada originó la afectación de seis de los ocho proyectos, lo que debe también tenerse presente.

Por estas consideraciones, este Tribunal considera que habiéndose determinado que el atraso incurrido por el contratista en la ejecución de la obra no resulta atribuible a éste, y que la causal invocada (lluvias y sus consecuencias) tiene la condición de continua y permanente en el tiempo de afectación cuantificado, corresponde declarar **FUNDADA** esta pretensión, otorgándole al demandante los 96 días de ampliación de plazo solicitados, con el reconocimiento de los gastos generales solicitados.

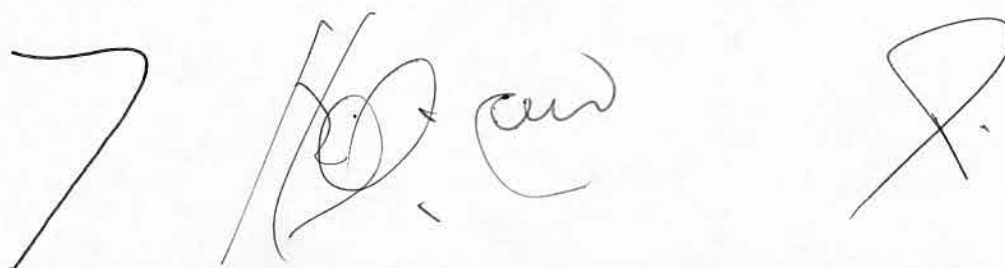
Para la determinación de los gastos generales que corresponden ser reconocidos por esta Ampliación de Plazo, se ha tenido presente lo dispuesto en los artículos 202º y 203º del Reglamento, es decir, que el pago de mayores gastos generales variables será igual al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gastos general variable diario del contrato.

Considerando el Tribunal que la Segunda Pretensión Principal de la demanda resulta FUNDADA, en mérito a nuestro ordenamiento legal, su pretensión accesoria también resulta FUNDADA.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 03, otorgándose los quince (15) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 74,222.73 (setenta y cuatro mil doscientos veintidós con 73/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 059-2011-EM/DGER.

Conforme consta en la solicitud e informe técnico legal de la Ampliación de Plazo N° 03 (anexo 41 del escrito de demanda), los hechos que sustentan la causal invocada "Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados", son las lluvias registradas y las consecuencias derivadas de este fenómeno natural (huaycos, deslizamientos y bloqueo



de caminos de acceso o trochas carrozables), en la zona del proyecto (SER CHUMBIVILCAS IV ETAPA), lo cual afectó la ejecución de los trabajos en superficie y retrasó la culminación integral de la obra por quince (15) días calendarios.

La Resolución Directoral N° 059-2011-EM/DGER emitida por la Entidad contratante, (anexo 43 del escrito de demanda), aprueba la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, otorgando al contratista un plazo de nueve (09) días calendario.

La controversia que debe resolverse en esta pretensión se limita a determinar la cantidad de días que corresponde aprobarse por la Ampliación de Plazo N° 03, quedando claro que la causal invocada ha sido reconocida por la entidad, quien a su vez ha verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en el artículo 201° del Reglamento.

En este contexto, el Tribunal Arbitral a continuación desarrollará su análisis y pronunciamiento respecto al fondo de la controversia descrita líneas arriba.

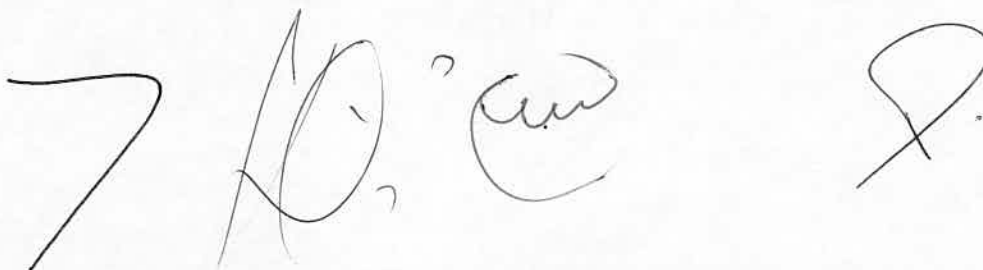
El artículo 201° del Reglamento establece entre otros que:

"(...) la ampliación de plazo será procedente siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra".

Se verifica a fojas 03 y 04 de la Resolución Directoral N° 059-2011-EM/DGER, que el área técnica de la entidad a través de los Informes N°s 020-2011-CER/JCH y 056-11-MEM/DGER-DPRS-JPS, emitidos por la Supervisión de Obra y la Jefatura de Proyectos Sur, área encargada de la administración del contrato, recomendó la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 03, habiendo reconocido en ambos casos tal como se detalla a continuación, que la afectación de la ruta crítica fue por un total de quince (15) días calendario, tal como lo señaló el contratista:

Informe N° 020-2011-CER/JCH

"(...) la ocurrencia de lluvias, precipitaciones pluviales y bloqueo de acceso debido a derrumbes en la zona del proyecto Sistema Eléctrico Rural Chumbivilcas IV Etapa han afectado la ruta crítica de ejecución del indicado proyecto, por un total de quince (15) días calendario (...)".



Informe 056-11-MEM/DGER-DPRS-JPS

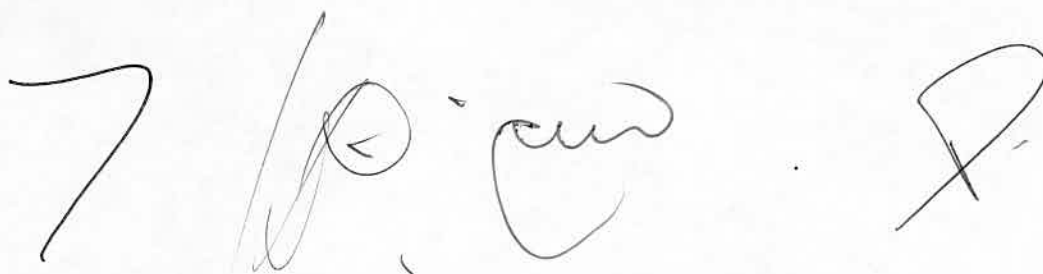
"(...) conforme a las anotaciones del cuaderno de obra descritas líneas arriba, la ocurrencia de lluvias, precipitaciones pluviales y bloqueo de acceso debido a derrumbes en la zona del proyecto Sistema Eléctrico Rural Chumbivilcas IV Etapa han afectado la ruta crítica de ejecución del indicado proyecto, por un total de quince (15) días calendario (...)".

La entidad realizó el cómputo del plazo de afectación de la ruta crítica, considerando la fecha de termino programada en el calendario de avance de obra para el SER Chumbivilcas IV Etapa y no la fecha programada para el término de la OBRA. Para efectos de determinar si este criterio resulta aplicable o no al presente caso, es decir si existen o no plazos parciales para la entrega de la obra o un plazo único de ejecución de la OBRA como unidad integrada por ocho (08) proyectos, debemos remitirnos a lo establecido en el Contrato suscrito por las partes.

Así tenemos que de acuerdo a lo establecido en la cláusula séptima del contrato (anexo 03 del escrito de demanda), el plazo de ejecución total de la OBRA se fijó en trescientos sesenta (360) días calendario, dentro de dicho plazo, el contratista debía cumplir con dos prestaciones debidamente identificadas, elaboración de expediente técnico (90) días calendario y ejecución de la obra (270) días calendario, no habiéndose -según se desprende de dicho documento- establecido contractualmente plazos parciales para la ejecución de cada uno de los ocho (08) proyectos que integran la obra.

El Tribunal Arbitral advierte que si bien en el numeral 19.1 de la cláusula décimo novena del contrato (anexo 03 del escrito de demanda), las partes establecieron que estaba permitida la recepción parcial de secciones terminadas de la obra (proyecto completo), también se estableció que la recepción parcial no eximía al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución, caso contrario se aplicarán las penalidades correspondientes.

En el numeral 14.1 de la cláusula décimo cuarta del contrato, en concordancia con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento, se establece que la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se configura ante el retraso injustificado en la fecha de término de la ejecución de la obra, no habiéndose hecho referencia a la aplicación de penalidades por incumplimiento en la entrega de cada proyecto.



Cabe indicar, que de acuerdo a lo analizado por el Tribunal, resulta evidente en el presente caso, que para efectos de determinar la procedencia de la ampliación del plazo de obra, no es condición que el evento extraordinario o causal invocada se presente en todas las localidades y proyectos o SER, en tanto para efectos de plazo de entrega de la obra, ésta la constituye la integridad o totalidad de los SER. Siendo así, el atraso en sólo uno de los proyectos impide la conclusión y entrega integral de la obra, reiterándose el hecho que no se ha pactado en el contrato que vincula al demandante y demandado, plazos parciales para la entrega de proyectos en forma individual sino un plazo único dentro del cual los ocho (08) proyectos que la integran deben haber concluido.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal determina que corresponde declarar FUNDADA esta pretensión, aprobando la Ampliación de Plazo N° 03, por el número total de días solicitado por el contratista, es decir, quince (15) días calendario, con reconocimiento de los gastos generales solicitados.

Para la determinación de los gastos generales que corresponden ser reconocidos por esta Ampliación de Plazo, se ha tenido presente lo dispuesto en los artículos 202° y 203° del Reglamento, es decir, que el pago de mayores gastos generales variables será igual al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gastos general variable diario del contrato.

Considerando el Tribunal que la Tercera Pretensión Principal de la demanda resulta FUNDADA, en mérito a nuestro ordenamiento legal, su pretensión accesoria también resulta FUNDADA.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 04, otorgándose los trece (13) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 64,326.37 (sesenta y cuatro mil trescientos veinte y seis con 37/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (lluvias y sus consecuencias: huaycos, derrumbes, inundaciones) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 073-2011-EM/DGER.



Conforme consta en la solicitud e informe técnico legal de la Ampliación de Plazo N° 04 (anexo 45 del escrito de demanda), presentada por el contratista el 07 de abril de 2011, los hechos que sustentan la causal invocada "*Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados*", son las lluvias registradas y las consecuencias derivadas de este fenómeno natural (huaycos, deslizamientos, tormenta eléctrica y bloqueo de caminos de acceso o trochas carrozables), en la zona del proyecto (SER CHUMBIVILCAS IV ETAPA), lo cual afectó la ejecución de los trabajos en superficie y retrasó la culminación integral de la obra por trece (13) días calendarios, del 12 al 24 de marzo de 2011.

La Resolución Directoral N° 073-2011-EM/DGER emitida por la Entidad contratante, (anexo 47 del escrito de demanda), declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, invocando:

- a) Que la solicitud fue presentada fuera del plazo vigente de ejecución, incumpliendo así lo previsto en el artículo 201° del Reglamento,
- b) Que, la causal "lluvias" concluyó el 11 de marzo de 2011, fecha de cierre de la ampliación de plazo N° 03, hecho corroborado en los asientos 457, 458, 459, 460 y 466 del residente, y los asientos 482 y 484 del supervisor.
- c) Que, de acuerdo a los registros de lluvias efectuados por el residente en el cuaderno de obra, las mismas se han presentado en forma esporádica (ciertas horas del día) y cada vez con intensidad menor del 17 al 24 de marzo de 2011.

Al respecto este Tribunal considera importante analizar que si bien la Entidad invocó el incumplimiento de lo previsto en el artículo 201° del Reglamento, lo cierto es que a la fecha de emisión de su pronunciamiento (20.04.2011), el contratista ya había controvertido y sometido a la vía arbitral, los actos administrativos emitidos respecto a las Ampliaciones de Plazo N°s 01, 02 y 03, según se evidencia de los documentos que obran en los anexos 34, 39 y 44 del escrito de demanda. En tal sentido, podemos señalar que no estaba definido entonces la fecha de término del plazo contractual, lo que debe tenerse presente.

Considerando que este Tribunal líneas arriba ha declarado FUNDADAS las pretensiones referidas a las Ampliaciones de Plazo N°s 01, 02 y 03, ampliando el plazo contractual por un total de 221 días calendario, es decir, hasta el 08 de setiembre de 2011, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 presentada a la Supervisión el 07 de abril de 2011, cumple con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 201° del Reglamento.



En relación a que la causal invocada "lluvias", concluyó el 11 de marzo de 2011, fecha de cierre de la ampliación de plazo N° 03, hecho corroborado en los asientos 457, 458, 459, 460 y 466 del residente, y los asientos 482 y 484 del supervisor, este Tribunal precisa que la causal invocada por el contratista en esta pretensión no sólo es "lluvias", sino "lluvias y sus consecuencias", tal como consta en la solicitud de ampliación de plazo y su respectivo informe técnico legal.

Este Tribunal considera que carece de sustento lo invocado por la DGER respecto a que la causal habría vencido el 11 de marzo de 2011, en tanto en los asientos 457, 458, 459, 460 y 466 del residente, y los asientos 482 y 484 del supervisor, (que forman parte del anexo 45 del escrito de demanda), tal como se detalla a continuación, se da cuenta de la presencia de las precipitaciones acompañadas de tormentas eléctricas, así como del bloqueo de carreteras y trochas carrozables como consecuencia de las lluvias, es decir, contrariamente a lo que se señala, los asientos en mención corroboran la presencia de la casual invocada "lluvias y sus consecuencias".

Asiento 457.-

*"Asunto: Carretera intransitable de Santo Tomás – Chamaca
(...) la carretera que sirve como acceso desde Santo Tomás hacia Chamaca se encuentra bloqueada (...) a consecuencia del deslizamiento de lodo y tierra ya que el terreno se ha saturado de agua por las continuas lluvias en todo el ámbito de la obra, esto perjudica el traslado de materiales de almacen principal a las diferentes localidades que se encuentran por Chamaca, por lo tanto no se pueden realizar las siguientes actividades de montaje de armados de RP, RS y LP, tendido de conductores, (...)".*

Asiento 458.-

*"Asunto: Bloqueo de trocha carrozable hacia el sector Yavina
(...) La carretera se encuentra intransitable, a consecuencia de derrumbe de un cerro en un tramo de aprox. 300 metros, esto se ha generado por las continuas lluvias presentadas en todo el ámbito de la obra, este derrumbe está desde el mes de febrero. Este impase está perjudicando el traslado de material y personal técnico en las actividades de instalación de armados en RS, RP y LP, (...)".*

Asiento 459.-

"Asunto: Trocha carrozable intransitable hacia la localidad de Jalanta



(...) la trocha carrozable se encuentra intransitable (...) esto fue a consecuencia que tenemos constantes precipitaciones pluviales en toda la zona del proyecto, esto ha generado el deslizamiento de parte del cerro interrumpiendo el tránsito vehicular, lo cual está perjudicando el avance de las siguientes partidas; instalación de armados, instalación de puestas a tierra, tendido de conductor, regulado de conector y sus respectivos acabados".

Asiento 460.-

"Asunto: continua intransitable la carretera hacia la localidad de Mosco – Cochane (...) la trocha carrozable (...) se encuentra interrumpida en dos partes, a consecuencia de deslizamientos de tierra y rocas, esto ha generado las continuas lluvias que se están presentando en la zona, que ha vuelto suelto todo el terreno, generando deslizamiento en gran parte de la carretera, perjudicando el transporte de materiales y personal técnico hacia las localidades (...)".

Asiento 465.-

"Asunto: Bloqueo de trocha carrozable de Chamaca – Tintaya a consecuencia de continuas lluvias

(...) la trocha carrozable se encuentra intransitable, la plataforma de la carretera en un tramo de 40 m se ha caído hacia el río a consecuencia del deslizamiento de tierra y lodo, esto ha sido generado por las permanentes precipitaciones pluviales, estas han sido acompañadas de tormentas eléctricas en toda la zona de Chamaca y otras localidades (...)".

Asiento 466.-

"Asunto: Ratificación de anotaciones (457, 458, 459, 460, 465) a consecuencia de lluvias y sus consecuencias

(...) estas consecuencias han sido generadas por las continuas lluvias y en la mayoría de los casos han sido acompañadas de tormentas eléctricas, paralizando por completo todas las actividades a nivel de superficie y de altura, perjudicando los trabajos de montaje electromecánico (...)".

Asiento 482.-

"Asunto: Respuesta anotaciones 479, 480 y 481 del residente de obra

(...) Esta supervisión de obra efectivamente valida lo indicado por el residente de obra en sus anotaciones 479, 480 y 481, en lo que respecta a la continuidad de las lluvias (...)".

En este sentido, habiéndose corroborado que el contratista registró en el cuaderno de obra a través de los asientos 457, 458, 459, 460, 465, 466, 469, 473, 474, 475, 479, 480 y 481, que desde el 12 al 24 de marzo de 2011, se produjo la causal invocada "lluvias y sus consecuencias" y que ésta generó atrasos en la ejecución de los trabajos programados al afectar la ruta crítica en las partidas señaladas, se configuraba la procedencia de aprobar la ampliación de plazo solicitada, debiéndose precisar que mediante los siguientes asientos la supervisión de obra, validó la presencia de las lluvias y sus consecuencias, así como la afectación que esto produjo en la ejecución de la obra.

Asiento 467.-

"Asunto: Respuesta a las anotaciones del residente de obra por lluvias y sus consecuencias

(...) Esta supervisión de obra confirma lo indicado por el residente de obra en sus anotaciones 457, 458, 459, 460, 465 y 466, los mismos que fueron verificados por el personal de la supervisión en campo. En consecuencia, de acuerdo a lo indicado en la cláusula 15.2 del contrato de obra, ratificamos los atrasos de la obra ocurridos por las lluvias y sus consecuencias registrados en el SER Chumbivilcas IV Etapa (...)".

Asiento 478.-

"Asunto: Respuesta a las anotaciones del residente de obra por lluvias y sus consecuencias

(...) Esta supervisión de obra valida lo indicado por el residente de obra en sus anotaciones 468, 469, 473, 474 y 475, los mismos que fueron verificados por el personal de la supervisión en campo en los diferentes frentes de la obra, por lo que al amparo de la cláusula 15.2 del contrato de obra, ratificamos los atrasos de la obra ocurridos por las lluvias en el ámbito del SER Chumbivilcas IV Etapa (...)".

Asiento 482.-

"Asunto: Respuesta anotaciones 479, 480 y 481 del residente de obra

(...) Esta supervisión de obra efectivamente valida lo indicado por el residente de obra en sus anotaciones 479, 480 y 481, en lo que respecta a la continuidad de las lluvias (...)".

Este Tribunal considera pertinente resaltar el hecho que para que resulte procedente la ampliación del plazo de obra, no resulta necesario que el evento extraordinario o causal

invocada se presente en TODAS las localidades y proyecto o SER donde se ejecuta la misma, en tanto el atraso en sólo uno de los proyectos impide la conclusión y entrega integral de la obra, reiterándose el hecho que no se ha pactado en el contrato que vincula al demandante y demandado, plazos parciales para la entrega de proyectos en forma individual sino un plazo único dentro del cual los ocho (08) proyectos que la integran deben haber concluido.

Respecto a que de acuerdo a los registros de lluvias efectuados por el residente en el cuaderno de obra, las mismas se han presentado en forma esporádica (ciertas horas del día) y cada vez con intensidad menor, este Tribunal considera que el hecho que las lluvias se presenten sólo por "horas" y no durante todo el día, no desvirtúa o limita su presencia, ya que por su intensidad igual causan consecuencias que afectan la ejecución normal de los trabajos.

Considerando que el contrato prevé que la presencia de las lluvias con la intensidad requerida deben ser acreditadas por reportes emitidos por el SENAMHI u otras institución similar, este Tribunal deja en claro que tal como lo reconoció la propia supervisión en el asiento 423 (anexo 45 del escrito de demanda), dicha exigencia no podía ser cumplida en tanto la estación meteorológica del SENAMHI ubicada en el distrito de Santo Tomás sector Kotuto, no funcionaba, siendo imposible registrar los eventos meteorológicos. NO obstante ello, la propia supervisión validó tal como se señala líneas arriba, la presencia de las lluvias en el periodo de afectación invocado y la afectación de dicha causal en el avance de la obra.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal determina que corresponde declarar FUNDADA esta pretensión, aprobando la Ampliación de Plazo N° 04, por el número total de días solicitado por el contratista, es decir, trece (13) días calendario, con reconocimiento de los gastos generales solicitados.

Para la determinación de los gastos generales que corresponden ser reconocidos por esta Ampliación de Plazo, se ha tenido presente lo dispuesto en los artículos 202° y 203° del Reglamento, es decir, que el pago de mayores gastos generales variables será igual al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gastos general variable diario del contrato.



Considerando el Tribunal que la Cuarta Pretensión Principal de la demanda resulta FUNDADA, en mérito a nuestro ordenamiento legal, su pretensión accesoria también resulta FUNDADA.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar si corresponde o no la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 05, otorgándose los doce (12) días solicitados, más los gastos generales que por dicho concepto corresponden, ascendentes a S/. 36,638.10 (treinta y seis mil seiscientos treinta y ocho con 10/100 nuevos soles), debido a la afectación del plazo contractual y culminación de la obra, por los hechos de fuerza mayor (toma de carreteras y paro generalizado en las provincias del sur del Departamento de Puno) que se presentaron en la zona de la obra. Por consiguiente pronunciarse sobre la ineficacia o validez de la Resolución N° 114-2011-EM/DGER.

Conforme consta en la solicitud e informe técnico legal de la Ampliación de Plazo N° 05 (anexo a. del escrito N° 02 del contratista "acumulación de pretensión"), presentada por el contratista el 08 de junio de 2011, los hechos que sustentan la causal invocada "*Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados*", son el paro antiminero producido en el Departamento de Puno y sus consecuencias, que afectó el avance y culminación de los trabajos previstos en el SER JULI, por doce (12) días calendarios, del 18 al 29 de mayo de 2011.

La Resolución Directoral N° 114-2011-EM/DGER emitida por la Entidad contratante, (anexo c. del escrito N° 02 del contratista "acumulación de pretensión"), declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, invocando:

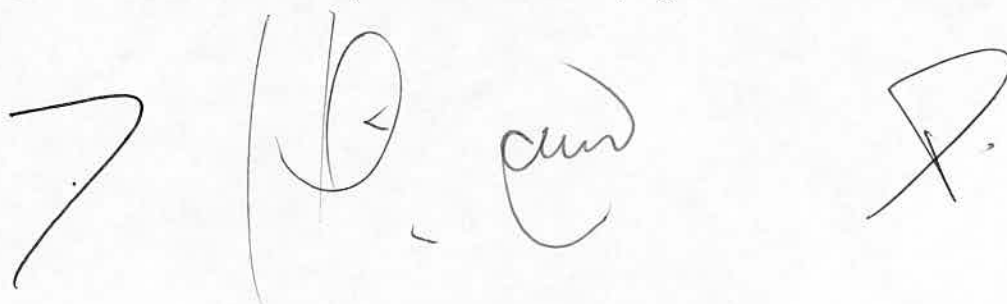
- a) Que la solicitud fue presentada fuera del plazo vigente de ejecución, incumpliendo así lo previsto en el artículo 201° del Reglamento,
- b) Que, si bien es cierto que el contratista cumplió con efectuar las anotaciones desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, no se aprecia afectación de la ruta crítica del SER JULI, en tanto el calendario de avance de obra venció el 21 de marzo 2011, y por tanto en el periodo de cuantificación de la afectación, no habían actividades contractualmente programadas.

- c) Las actividades de la obra se encuentran ubicadas en su mayor parte fuera de la ciudad de Juli y de la vía transoceánica, no habiendo el contratista sustentado el por qué de la paralización de las actividades en toda el área de la obra.
- d) El contratista sólo acreditó con asientos del cuaderno de obra, diez (10) días de supuesta paralización, por lo que la determinación de los doce (12) días solicitados, no ha sido sustentada debidamente.
- e) No se ha demostrado la afectación del calendario vigente de obra, dado que la programación de la ejecución de las actividades contempladas en dicho calendario finalizaron contractualmente el 21 de marzo de 2011.

Al respecto este Tribunal considera que el incumplimiento de lo previsto en el artículo 201º del Reglamento no debió ser invocado por la DGER, en tanto a la fecha de emisión de su pronunciamiento (22.06.2011), el contratista ya había controvertido y sometido a la vía arbitral, los actos administrativos emitidos respecto a las Ampliaciones de Plazo N°s 01, 02 03 y 04 (ver anexos 34, 39, 44 y 48 del escrito de demanda), no estando definido entonces la fecha de término del plazo contractual, no correspondía invocar que la solicitud fue presentada fuera del plazo contractual.

Considerando que este Tribunal líneas arriba ha declarado FUNDADAS las pretensiones referidas a las Ampliaciones de Plazo N°s 01, 02, 03 y 04, ampliando el plazo contractual por un total de 234 días calendario, es decir, hasta el 21 de setiembre de 2011, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05 presentada a la Supervisión el 06 de junio de 2011, cumple con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 201º del Reglamento.

Respecto a lo señalado por la DGER, en el sentido que no se aprecia afectación de la ruta crítica del SER JULI, en tanto el calendario de avance de obra venció el 21 de marzo 2011, y por tanto en el periodo de cuantificación de la afectación, no habían actividades contractualmente programadas, este Tribunal reitera que el contrato ni los documentos que lo integran han establecido plazos específicos para la ejecución de los proyectos o SER que forman parte de la obra, siendo en consecuencia el plazo contractual previsto para la prestación ejecución de obra un plazo único, el mismo que fue fijado primigeniamente en 240 días calendario y ampliado como consecuencia de la aprobación de las solicitudes de ampliación N°s 01, 02, 03 y 04, hasta el 21 de setiembre de 2011, por lo que la causal invocada suscitada en mayo de 2011, si habría causado afectación tal como señala el contratista, en las actividades programadas en el SER JULI.



Este Tribunal considera que el sustento de la afectación de las actividades en toda el área de la obra, se justifica por la paralización del transporte vehicular y peatonal, bloqueo de carreteras, movilizaciones de protesta en la zona, cierre de servicios públicos y comercios privados y actos violentos que se produjeron para intimidar a la población a que acate la medida de fuerza; estos hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles se encuentran debidamente probados con los documentos adjuntos al informe que sustenta la solicitud de ampliación de plazo (anexo a. del escrito N° 02 del contratista "acumulación de pretensión"), entre ellos, cartas a la supervisión informando sobre la paralización, material fotográfico, recortes periodísticos, constancias policiales y del Gobernador del Distrito dando cuenta de las paralizaciones, declaraciones juradas del residente ante Notario Público.

El artículo 201° del Reglamento en su primer párrafo establece como requisito de procedencia para la aprobación de la ampliación de plazo, que *"desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista por intermedio de su residente, anote en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo"*, no siendo necesario como requiere la entidad que se formule la anotación en cada uno de los días de afectación, no siendo válida entonces el fundamento invocado para declarar la improcedencia, respecto a que *el contratista sólo acreditó con asientos del cuaderno de obra, diez (10) días de supuesta paralización, por lo que la determinación de los doce (12) días solicitados, no ha sido sustentada debidamente.*

La afectación del calendario vigente de obra, ha sido alegada por el contratista y no desvirtuada por la entidad contratante, respecto a las partidas de tendido de cables y conductores, ejecución de retenidas y puestas a tierra e instalación de conexiones domiciliarias, ello debido a que como consecuencia del bloqueo de carreteras y movilizaciones de los manifestantes, no se pudo realizar el transporte de la logística ni el desplazamiento del personal en la zona de los trabajo.

Este Tribunal considera pertinente resaltar el hecho que para que resulte procedente la ampliación del plazo de obra, no resulta necesario que el evento extraordinario o causal invocada se presente en TODAS las localidades y proyecto o SER donde se ejecuta la misma, en tanto el atraso en sólo uno de los proyectos impide la conclusión y entrega integral de la obra, reiterándose el hecho que no se ha pactado en el contrato que vincula al demandante y demandado, plazos parciales para la entrega de proyectos en forma individual sino un plazo único dentro del cual los ocho (08) proyectos que la integran deben haber concluido.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal determina que corresponde declarar FUNDADA esta pretensión, aprobando la Ampliación de Plazo N° 05, por el número total de días solicitado por el contratista, es decir, doce (12) días calendario, con reconocimiento de los gastos generales solicitados.

Para la determinación de los gastos generales que corresponden ser reconocidos por esta Ampliación de Plazo, se ha tenido presente lo dispuesto en los artículos 202° y 203° del Reglamento, es decir, que el pago de mayores gastos generales variables será igual al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gastos general variable diario del contrato.

Considerando el Tribunal que la Primera Pretensión acumulada de la demanda resulta FUNDADA, en mérito a nuestro ordenamiento legal, su pretensión accesorio también resulta FUNDADA.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

Determinar la procedencia del pago de la valorización de cierre que por metros ejecutados y no cancelados durante el proceso constructivo de la obra ha formulado el contratista, por un total de s/. 2'126,620.44 (Dos millones ciento veinte y seis mil seiscientos veinte con 44/100 nuevos soles) mas IGV.

La discrepancia motivo de dirimencia por parte de este Colegiado, se origina con la Carta N° C-100-033/2012 remitida por el Consorcio demandante a la demandada, en la que se incorpora una valorización por los trabajos ejecutados en el marco del contrato de obra celebrado, por lo que el requerimiento emplazado se dirige a lograr el pago por este concepto.

Según es referido en autos, el demandante reclama el pago por lo que denomina valorización de cierre o valorización final, mientras que la Dirección General de Electrificación Rural discute el concepto expuesto en esta pretensión, desde la perspectiva de que por su naturaleza corresponde a una liquidación de obra, por lo que no resultaría procedente en vista que para que se practique esta denominada liquidación, se requieren procedimientos internos de aval documentario y pericial, tanto por cuenta de la Supervisión de Obra como de los estamentos internos de la entidad demandada.



En síntesis, no se evidencia de la posición de las partes discrepancias respecto a la cuantificación de la pretensión bajo análisis, por lo menos esto puede advertirse del enfoque de la contestación presentada por parte de la demandada a la acumulación formalizada y su posterior actualización obrante en autos, sino que la discrepancia está referida a la oportunidad de la percepción en el pago de estos trabajos ejecutados.

Frente a estos conceptos, procederemos con la revisión de algunos aspectos vinculados con el contrato celebrado y las normas que sirven de base para dicha relación jurídica patrimonial.

Conforme es de verse de autos, el Consorcio Came-Pepssa resultó adjudicatario de la Buena Pro en el proceso de selección organizado por la entidad demandada, Licitación Pública LP-00113-2009-MEM/DGER.

Con la suscripción del contrato de obra el Consorcio demandante asumió como prestaciones la elaboración del Expediente Técnico, suministro de equipos y materiales, transporte de equipos y materiales, ejecución y construcción integral de la OBRA materia del Contrato, hasta la puesta en servicio.

Este Tribunal ha podido determinar que los términos dispuestos en las bases integradas de la Licitación Pública que dieron origen al contrato celebrado y lo establecido en el contrato mismo, contienen disposiciones relacionadas con el punto controvertido objeto de análisis. Así podemos remitirnos a los siguientes aspectos:

BASES

Capítulo V –Disposiciones Finales- Numeral 9.2

“ALCANCE DE LAS MEDICIONES

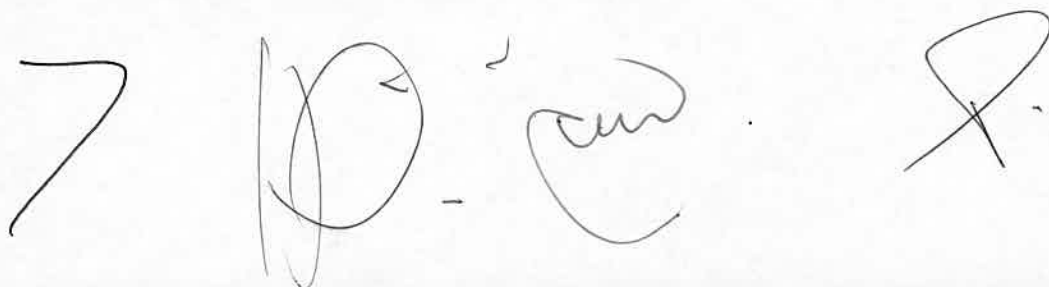
Las mediciones se realizarán únicamente para los trabajos ya efectuados y se harán de acuerdo a las unidades de medida estipuladas en cada caso.”

Numeral 10.2

“VALORIZACIONES MENSUALES

Las valorizaciones mensuales se presentarán, para cada uno de los proyectos conformantes de la obra, durante los cinco (5) primeros días del mes siguiente a la ejecución de los trabajos en tres (3) ejemplares, acompañadas según el caso por los cómputos métricos resultantes de las mediciones de los trabajos ejecutados hasta la fecha y verificados por el Supervisor.”

10.3 VALORIZACIÓN DE LIQUIDACIÓN FINAL



Luego de la Recepción de las Obras, el **Contratista** presentará la Valorización de Liquidación Final, la cual será sometida a la aceptación u observación del **Supervisor** o de la **DGER** en forma escrita.

Este Estado Final de Cuentas, elaborado para cada uno de los proyectos conformantes de la obra, debe estar respaldado por:

- Evidencia de que los trabajos comprendidos en el Contrato están libres de todo reclamo legal, deudas y prebendas.
- Monto actualizado del Contrato de acuerdo a las modificaciones autorizadas y realizadas durante el período de montaje.
- Cantidades de obra ejecutada de acuerdo a la Valorización Final de Medición.
- Costo total de la obra ejecutada, incluyendo todos los trabajos realizados.
- Monto total percibido por el **Contratista** hasta la Valorización anterior.
- Deducciones en favor del Contratante por incumplimiento de plazo y otros conceptos, si los hubiera.
- Saldo a favor o en contra del **Contratista**.

11.2 ORDEN DE PAGO PARA LA VALORIZACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN FINAL

Con la previa autorización del **Supervisor**, la valorización de la Liquidación Final de Pago confeccionado, conforme lo indicado en el numeral 10.3 de las disposiciones finales, seguirá el trámite de aprobación final y pago por el Contratante.

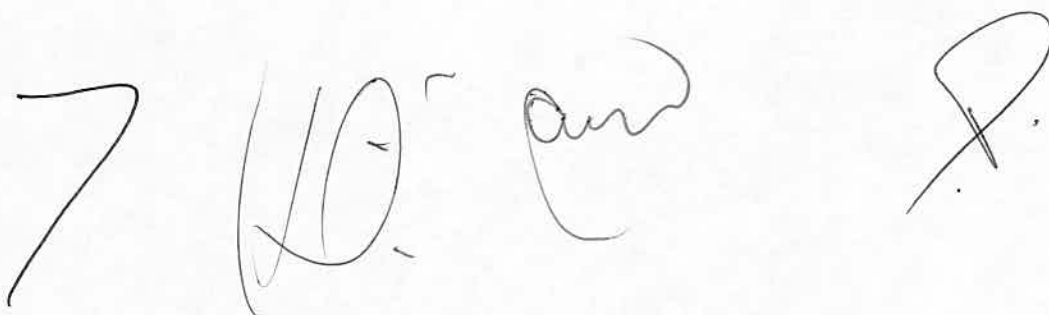
CONTRATO

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA: DE LA LIQUIDACIÓN FINAL

21.1 PRESENTACIÓN DE LA VALORIZACIÓN DE LIQUIDACIÓN FINAL

La liquidación de la obra se sujetará a lo establecido en el artículo 211°, 212° y 213° del REGLAMENTO.

EL CONTRATISTA presentará la Liquidación debidamente sustentada, con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un DÉCIMA (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Con la liquidación se entregará a la DGER los documentos de Declaratoria de Fabrica o la Memoria Descriptiva valorizada, según sea el caso. Dentro del plazo de sesenta (60) días de recibida, la DGER deberá pronunciarse, ya sea observando la Liquidación presentada por EL CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificar a EL CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. (...)



Los planteamientos de las partes en este extremo de la controversia nos remiten, como en el caso de las bases referidas en los párrafos anteriores, a la revisión de los antecedentes que dieron origen al contrato de obra celebrado y dentro de este rubro este colegiado ha tenido acceso a la información contenida en la página Web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE-.

Así, el Pronunciamiento emitido con ocasión de las Observaciones presentadas en el trámite de la Licitación Pública Nro. 00013-2009-MEM/DGER, definió en su numeral 9:

“Deberá precisarse en las Bases que debido a que el presente proceso de selección ha sido convocado bajo la modalidad de llave en mano, en la que el postor es el encargado de elaborar el estudio definitivo y ejecutar la obra, no se va a reconocer adicionales por errores, omisiones y/o deficiencias del expediente técnico.”

Este acápite del pronunciamiento, fue recogido en el último párrafo de la sub clausula 4.1 de la proforma de contrato publicada con las bases integradas de la Licitación Pública llevada a cabo. Sin perjuicio de que el contrato definitivo celebrado no reprodujo esta declaración, entendemos que resulta procedente pronunciarnos por este concepto, habida cuenta que esta disposición es coincidente con diversas opiniones del referido organismo supervisor.

Entre otras, existe la opinión Nro. 121-2009/DTN del 30 de octubre de 2009, cuyos extremos reproducimos en lo pertinente:

(...)

“No obstante lo anterior, si, una vez elaborado y aprobado el expediente técnico, durante la ejecución de la obra y ante situaciones imprevistas no contempladas en aquel¹ se advierte que el contratista debe ejecutar menores o mayores prestaciones a las proyectadas, la Entidad se encuentra en la potestad de ordenar la ejecución de adicionales de obra² o la reducción de éstas, con las limitaciones impuestas por la Ley, el Reglamento y las normas que regulan el Sistema Nacional

¹ Si bien es cierto que el segundo párrafo del artículo 42° de la Ley permite que puedan aprobarse adicionales de obra por errores del expediente técnico, esto no es aplicable cuando, como en los concursos oferta, el contratista es proyectista y ejecutor de obra a la vez, puesto que en tales casos asume entera responsabilidad por el diseño de la obra, debiendo prever en el expediente técnico las eventualidades que puedan afectar su ejecución. En estas obras corresponde al contratista asumir económicamente los errores que posteriormente se adviertan en el expediente técnico.

² Anexo de definiciones el Reglamento:

“39. Obra adicional: Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal”

Como puede apreciarse, solo resulta posible ordenar obras adicionales luego de aprobado el expediente técnico.

de Inversión Pública.”

Para este Tribunal resulta especialmente ilustrativo el enunciado del pie de página, coincidente además con otras opiniones vertidas por el OSCE, sin embargo esta opinión y otras concordantes ha sido extendida sobre la premisa de los contratos celebrados bajo la modalidad del Concurso Oferta, cuando el sistema imperante corresponde necesariamente a una suma alzada.

En el caso bajo revisión la modalidad de contratación corresponde al de Llave en Mano³ y al sistema de precios unitarios⁴, sistema que se diferencia del de suma alzada, en vista que en el primero las obras contratadas se valorizan y se entiende que se pagan hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el sistema de suma alzada las obras se valorizan y se pagan hasta el total de los metrados del presupuesto de obra. Por esta misma razón, en el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios del valor referencial.

En este caso, si nos atenemos al sistema de contratación que rige el contrato resulta procedente que las valorizaciones respondan a la ejecución física y total de las partidas de obra, criterio que ha sido seguido con la valorización presentada materia de dirimencia en la pretensión planteada, que corresponde conforme a obra avalado por la Supervisión y que al no existir controversia con relación a su cuantificación, se estima que debe ser pagada en el monto sujeto a cobro, es decir, por el total de S/. 2'126,620.44 (Dos Millones Ciento Veintiseis Mil Seiscientos Veinte y 44/100 Nuevos Soles), más el correspondiente Impuesto General a las Ventas.

Más ilustrativo resulta aún, que la Entidad no haya atribuido al Consorcio contratista, la existencia de errores, omisiones y/o deficiencias en el expediente técnico, en vista que no

³ **Artículo 41.- Modalidades de Ejecución Contractual**

Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

1. Llave en mano: Si el postor debe ofertar en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso la elaboración del Expediente Técnico.

⁴ Bases de la Licitación Pública
El presente proceso se rige por el sistema a precios unitarios, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.

se advierte que esta valorización pueda provenir de presupuestos adicionales que correspondieran ser aprobados.

Es preciso indicar, que la obligación en la verificación de esta formalidad, es decir, en el caso que se hubieran presentado presupuestos adicionales, hubiera correspondido a la Supervisión de Obra, según las disposiciones específicas dictadas sobre la materia por la Contraloría General de la República⁵.

En todo caso, el OSCE⁶ en forma más apropiada ha establecido que:

"Como se aprecia, entre las obligaciones del contratista relacionadas con la ejecución de las obras adicionales, se encuentra la de presentar al supervisor o inspector el presupuesto adicional de obra, dentro de los diez (10) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra, que no es otra cosa que la valoración económica de la prestación adicional de una obra, de acuerdo con el numeral 41 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones. Para que el contratista pueda elaborar el presupuesto adicional de obra, es necesario que, previamente, la Entidad le entregue el expediente técnico de las obras adicionales, debidamente aprobado.

⁵ Normas Técnicas de Control Interno para el Sector Público, aprobadas por Resolución de Contraloría Nro. 071-2000-CG.

600-08 OPORTUNIDAD EN EL PROCESAMIENTO DE PRESUPUESTOS ADICIONALES

Los presupuestos adicionales que se generen en la ejecución de la obra serán procesados y aprobados con la prontitud del caso, bajo responsabilidad de los funcionarios a cargo de la ejecución de la obra.

Comentarios:

01. Cuando se determine la necesidad de procesar un presupuesto adicional, debe registrarse este hecho en el cuaderno de obra, correspondiendo al inspector formular el Expediente Técnico pertinente, incluyendo un informe que sustente el origen de cada uno de las partidas que conforman el presupuesto adicional, documento que elevará la Entidad para su aprobación mediante acto administrativo formal.
02. La autorización de los presupuestos adicionales de obra, compete a la máxima autoridad de la Entidad, y de producirse la delegación de tal función, ello no exime de su responsabilidad por la supervisión.
(...)
04. La implementación de esta norma es competencia del inspector de la obra y funcionarios a cargo de la ejecución, debiendo la entidad licitante cautelar que en los contratos de supervisión que celebre, se incluya dicha obligación.

⁶ OPINIÓN N° 083-2011/DTN

*Dr. José Pimentel Aliaga
Dr. Elio Otiniano Sánchez
Dr. Randol Campos Flores*

A mayor abundamiento, debe indicarse que en una opinión previa⁷ se ha indicado lo siguiente: "Del artículo anterior (artículo 207 del Reglamento), se verifica que el contratista, para seguir el procedimiento de aprobación de una prestación adicional, deberá entregar el respectivo presupuesto adicional de obra, es decir, la valoración económica de esta prestación adicional, mas no existe ninguna mención en la norma en el sentido que sea el contratista el que tenga que entregar o elaborar el expediente técnico de la prestación adicional." (El subrayado es agregado).

Consecuentemente, de haberse precisado la ejecución de adicionales ésta exigencia procedimental hubiera correspondido ser dispuesta por la Entidad contratante, según los conceptos reproducidos precedentemente, no siendo competente el contratista para cumplir tal formalidad.

En todo caso, en vista que para la dirimencia de esta discrepancia se cuenta con los actuados y que la referencia a la atribución de los posibles errores, omisiones y/o deficiencias corresponde a la Entidad⁸, no podría ser invocada esta aseveración en posterior oportunidad, para omitir el pago por los trabajos ejecutados materia de este extremo del Laudo.

Por otro lado, la entidad demandante ha manifestado su discrepancia por la oportunidad de pago de esta valorización final o de cierre, sustentando su posición bajo la óptica que esta valorización debería ser abonada luego del proceso de liquidación de obra.

En primer lugar, debemos indicar lo normado en el numeral 53° del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", que cuando trata sobre la valorización manifiesta:
"Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado."

Del mismo modo, el primer párrafo del artículo 197° del Reglamento establece que las valorizaciones tienen el carácter de "pagos a cuenta".

Adicionalmente, en los párrafos segundo⁹ y tercero¹⁰ del enunciado artículo 197 del Reglamento, emerge la metodología que debe emplearse para elaborar o formular las

⁷ Opinión N° 064-2011/DTN.

⁸ Código Procesal Civil "ARTÍCULO 196.- CARGA DE LA PRUEBA.-"

"Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos."



valorizaciones, dependiendo del sistema de contratación mediante el cual se ejecuta la obra, precios unitarios o suma alzada, según corresponda. Asimismo, el cuarto párrafo del referido artículo precisa que mientras que en las obras contratadas a precios unitarios se valoriza hasta el total de los metrados¹¹ realmente ejecutados, como ya fuera mencionado, en las obras ejecutadas a suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Asimismo, en el primer y penúltimo párrafo del artículo 197 del Reglamento, se establecen las disposiciones sobre los plazos para la formulación, aprobación y pago de las valorizaciones de obra, disposiciones que resultan aplicables independientemente del sistema de contratación bajo el cual se ejecuta la obra.

El primer párrafo de artículo 197° determina que las valorizaciones son “elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases”; por su parte, el penúltimo párrafo del referido artículo establece que “El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.”

La pretensión del Consorcio contratista bajo análisis, apareja como medios de prueba las partidas ejecutadas y su correspondiente estimación económica por cada proyecto o Sistema Eléctrico Rural (medio probatorio y anexo 6) del escrito N° 05 presentado por el Consorcio el 31.08.12), incluyendo las Cartas de la Supervisión el Consorcio Electrificación Rural, **a través de las cuales ésta da la conformidad al expediente conforme a obra presentado por el Contratista Consorcio CAME-PEPSA, según**

⁹ “En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.”

¹⁰ “En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.”

¹¹ De acuerdo con el numeral 31 del Anexo Único del Reglamento, “Anexo de Definiciones”, “*Metrado: (...) Es el cálculo o la cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar.*”



consta de los expedientes que obran en autos con sello de trámite de ingreso del Ministerio de Energía y Minas, Dirección General de Electrificación Rural.

En este aspecto, puede advertirse la disposición emanada de las Bases del proceso de selección cuando en el numeral 10.3 establece la entrega de una Valorización de Liquidación en la forma de un Estado Final de Cuentas, determinándose que con posterioridad a *la Recepción de las Obras*, el **Contratista** presentará la *Valorización de Liquidación Final*, la cual será sometida a la aceptación u observación del **Supervisor** o de la **DGER** en forma escrita; fijándose la orden de pago de esta valorización de liquidación final en el numeral 11.2 de las referidas Bases.

Debe entenderse que esta Valorización de liquidación Final, ha sido recogida en los expedientes conforme a la obra, al haber sido extendida con la atribución económica que corresponde a estos trabajos con plena aceptación de la Supervisión de Obra. Siendo así este Tribunal Arbitral, **considera que de la misma manera esta valorización, se distingue del procedimiento de Liquidación Final de obra que ha sido consignado en la cláusula vigésimo primera del Contrato celebrado, lo que debe tenerse presente al momento de resolver.**

Finalmente, este Tribunal estima que no se condice con los criterios de equidad, equilibrio contractual y trato justo e igualitario a los contratantes, el hecho que pueda afirmarse que una valorización por trabajos completados en el marco del contrato celebrado, con aval pericial técnico del representante de la entidad en la obra, en la magnitud presupuestal que esta evidencia, pueda mantenerse impaga durante los meses posteriores a su ejecución, con una obra recepcionada y en servicio y sobretodo que el contratista tenga que esperar el procedimiento de liquidación y que para que corresponda su pago deba pasar a su estado de consentimiento o ejecutoriedad, si en este último caso deben dirimirse algunos de sus extremos en la vía pertinente.

Por lo expuesto, resulta procedente amparar la pretensión del consorcio contratista por el monto de la pretensión, declarándola FUNDADA por corresponder al sistema de contratación definido en las bases y el contrato de obra celebrado, así como por haber sido cuantificada y sustentada, además de corresponder a su oportunidad.

En lo que respecta a las costas y costos arbitrales, este Tribunal considera que aún cuando los extremos del laudo han dado la razón a la parte demandante, lo cierto es que está acreditado que ambas partes tuvieron razones para litigar en sede arbitral, siendo su conducta procesal correcta, por lo que establece que los gastos incurridos deben ser



asumidos por las partes en iguales montos.

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

UNANIMEMENTE LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión del Consorcio, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 01 un total de 110 días calendario sin reconocimiento de gastos generales. Declárese la Ineficacia de la Resolución Directoral N° 030-2011 EM/DGER.

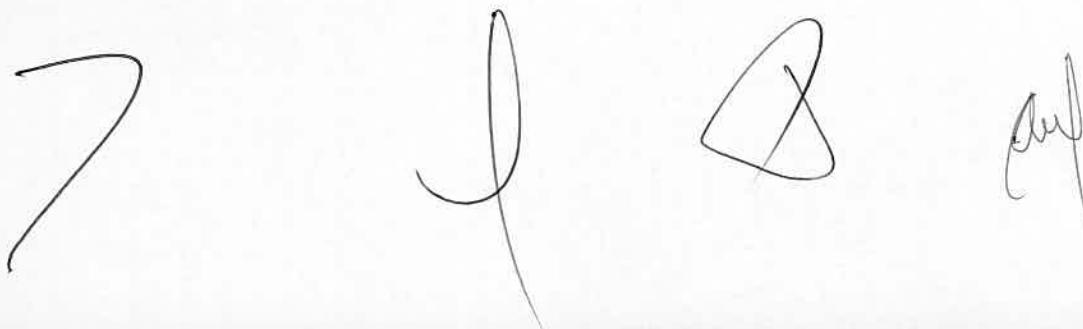
SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión del Consorcio, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 02 un total de 96 días con el reconocimiento de los gastos generales ascendentes a S/. 192,974.04. Declárese la Ineficacia de la Resolución Directoral N° 056-2011 EM/DGER.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión del Consorcio, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 03 un total de 15 días con el reconocimiento de los gastos generales ascendentes a S/. 74,222.73. Declárese la Ineficacia de la Resolución Directoral N° 059-2011 EM/DGER.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión del Consorcio, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 04 un total de 13 días con el reconocimiento de los gastos generales ascendentes a S/. 64,326.37. Declárese la Ineficacia de la Resolución Directoral N° 073-2011 EM/DGER.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la quinta pretensión del Consorcio, otorgándole como Ampliación de Plazo N° 05 un total de 12 días con el reconocimiento de los gastos generales ascendentes a S/. 36,638.10. Declárese la Ineficacia de la Resolución Directoral N° 114-2011 EM/DGER.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la sexta pretensión del Consorcio y en consecuencia la procedencia del pago de la valorización de cierre que por metrados ejecutados y no cancelados durante el proceso constructivo de la obra ha formulado el contratista, por un total de s/. 2'126,620.44 (Dos millones ciento veinte y seis mil seiscientos veinte con



Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. José Pimentel Aliaga
Dr. Elio Otiniano Sánchez
Dr. Randol Campos Flores

44/100 nuevos soles) mas IGV, de acuerdo a las consideraciones expuestas en el presente laudo.

SÉTIMO: DISPONER que cada una de las partes asuma los gastos arbitrales en los que hubiera incurrido en el presente arbitraje, al advertir el Tribunal Arbitral que ambas partes tuvieron razones para litigar.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes en consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento.

Notifíquese a las partes.



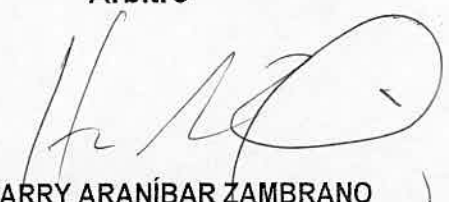
JOSÉ PIMENTEL ALIAGA
Presidente



RANDOL CAMPOS FLORES
Árbitro



ELIO OTINIANO SÁNCHEZ
Árbitro



HARRY ARANÍBAR ZAMBRANO
Secretario Arbitral