

CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE MAXOM SAC
CONTRATISTAS GENERALES CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
UNIDAD EJECUTORA N° 108 – PROGRAMA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: MAXOM SAC CONTRATISTAS GENERALES (en adelante, EL CONTRATISTA, MAXOM o EL DEMANDANTE).

DEMANDADO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA N° 108 – PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA (En adelante, MINEDU, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO).

TRIBUNAL ARBITRAL:

WEYDEN GARCÍA ROJAS (Árbitro Presidente).

HORACIO CÁNEPA TORRE (Árbitro de Parte)

MARIO SILVA LÓPEZ (Árbitro de Parte)

RESOLUCIÓN N° 30

Lima, 20 de enero del 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 13 de diciembre del 2013, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes, suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre MAXOM y el MINEDU, y que está vinculada al *Contrato N° 150-2013/MINEDU/SG-OGA-UABAS-APS* “Sistemas de Utilización en 10-22,9 Kv, para la Institución Educativa José de San Martín – San Andrés – Pisco – Ica” (en adelante EL CONTRATO); declarando seguidamente abierto el proceso arbitral y otorgando al DEMANDANTE, el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

1. DE LA DEMANDA ARBITRAL

1.1 Con fecha 14 de enero del 2014, EL CONTRATISTA — dentro del plazo concedido— presentó su demanda arbitral en contra del DEMANDADO, fundamentando sus pretensiones de la manera siguiente:

“3.- EXPOSICION DEL DIFERENDO (PRETENSIONES)

(...)

A). SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 3911-2013-ED, RECIBIDO EL 29.08.13, EN LA MISMA QUE APRUEBA PARCIALMENTE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, UNICAMENTE POR QUINCE (15) DÍAS; EN CONSECUENCIA SE NOS CONCEDA LOS SESENTA (60) DÍAS CALENDARIOS SOLICITADOS MEDIANTE CARTA N° 239-2013-MCG, RECIBIDO EL 08.08.13, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 200° DEL D.S. N° 184-2008-EF, MODIFICADO POR EL D.S. N°138-2012-EF, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

B). SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 4467-2013-ED, RECIBIDO EL 25.09.13, EN LA MISMA QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03; EN CONSECUENCIA SE NOS CONCEDA LOS CUARENTA Y CINCO (45) DÍAS CALENDARIOS SOLICITADOS MEDIANTE CARTA N° 261-2013-MCG, RECIBIDO EL 06.09.13, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 200° DEL D.S. N° 184-2008-EF, MODIFICADO POR EL D.S. N° 138-2012-EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

C). SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN JEFATURAL N° 4750-2013-ED, RECIBIDO EL 14.10.13, EN LA MISMA QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 04; EN CONSECUENCIA SE NOS CONCEDA LOS TREINTA Y OCHO (38) DÍAS CALENDARIOS SOLICITADOS MEDIANTE CARTA N° 266-2013-MCG, RECIBIDO EL 24.09.13, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 200° DEL D.S. N° 184-2008-EF, MODIFICADO POR EL D.S. N°138-2012-EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

D). EN EL SUPUESTO NEGADO QUE NO SE DECLAREN APROBADAS LAS AMPLIACIONES SOLICITADAS Y SE TENGA ATRASO EN LA OBRA, NO SE APLIQUEN

*PENALIDADES POR MORA EN LA EJECUCION DE LA OBRA
POR CUANTO EL ATRASO EN LA EJECUCION EN LAS
PARTIDAS FALTANTES ES EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD
DE LA ENTIDAD CONTRATANTE.*

*E). LA OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO (PAGO),
POR CONCEPTO DE LOS TRABAJOS REALIZADOS
CORRESPONDIENTES AL PRESUPUESTO DE PARTIDAS
NECESARIAS E IMPRESCINDIBLES PARA CUMPLIR CON LAS
METAS DEL PROYECTO, PARA QUE ÉSTE NO CONSTITUYA
UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR PARTE DE LA
ENTIDAD CONTRATANTE AL AMPARO DEL ARTICULO
1954º DEL CODIGO CIVIL, POR EL MONTO ASCENDENTE A
LA SUMA DE S/.91,662.28, SEGÚN ANEXO Q.*

*F). LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD
CONTRATANTE, DE DAR SUMA DE DINERO (PAGO), DE LOS
COSTOS (HONORARIOS DE ABOGADO.) Y COSTAS (GASTOS
DEL PROCESO: HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y
DE LA SECRETARIA ARBITRAL) DERIVADOS DEL
PRESENTE PROCESO, MAS LOS INTERESES, HASTA LA
FECHA DE SU CANCELACION.*

*G). SE RECONOZCA Y ORDENE EL PAGO POR LOS DAÑOS Y
PERJUICIOS QUE SE ORIGINAN COMO DAÑO EMERGENTE,
EN EL MAYOR COSTO DE NUESTRAS CARTAS FIANZAS DE
FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, ADELANTO
DIRECTO Y DE MATERIALES, AL HABERSE EXCEDIDO LOS
PLAZOS CONTRACTUALES, LOS MISMOS QUE NO SE
PUEDEN RECUPERAR POR LA DESIDIA DE LA ENTIDAD
CONTRATANTE; LA DEMORA INNECESARIA A LA
SOLUCION DE LAS PRESENTES CONTROVERSIAS COMO EL
PERJUICIO CAUSADO POR GASTOS DE PAGOS A EMPRESAS
ASESORAS PARA EL PROCESO DE CONCILIACION Y
ARBITRAJE; ASIMISMO LOS GASTOS POR PAGOS AL
PERSONAL ADMINISTRATIVO Y TECNICO, AL HABERSE
EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES, TAL Y COMO
LO ESTIPULA LOS ARTICULOS 1969º Y 1985º DEL CODIGO
CIVIL; ASI COMO LAS UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR
POR TENER COMPROMETIDAS LAS GARANTIAS NO
PERMITIENDO LA PARTICIPACIÓN DE MI REPRESENTADA
EN DIVERSOS PROCESOS DE SELECCIÓN.*

4. FUNDAMENTOS DE HECHO:

4.1. ANTECEDENTES:

4.1.1. *El día 19.06.13, luego del proceso de selección se suscribió el Contrato de Obra, por un monto de S/. 397,704.05 (Trescientos noventa y siete mil setecientos cuatro y 05/100 Nuevos Soles).*

4.1.2. *Según la CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA, nos obligamos a ejecutar la obra, en un plazo de Treinta y Cinco (35) días calendarios.*

4.2. HECHOS RELEVANTES DE LAS PRETENSIONES:

4.2.1. *Con Oficio N° 5643-2013-MINEDU/VMGI-OINFE, de fecha 28.06.13, la Entidad nos comunica que la entrega del terreno será el 04.07.12, a horas 10:00 horas.*

4.2.2. *Con Acta de Entrega de Terreno, de fecha 04.07.13, la Entidad Contratante nos entrega el lugar donde se ejecutara la obra.*

4.2.3. *Con Carta N° 215-2013-MCG, recibido el 09.07.13, comunicamos a la Entidad Contratante que no existe partida en el presupuesto, menos especificaciones técnicas; tampoco se fabrica en el país cable 4x300mm² N2XH, se sugiere la utilización de Cable Unipolares de 300mm² N2XH, los cuales se instalarán 3(1x300mm²) por cada fase, el cual está en concordancia con lo indicado por el proyectista.*

4.2.4. *Con Carta N° 225-2013-MCG, recibido el 16.07.13, solicitamos a la Entidad Contratante la absolución de consultas presentadas a través del cuaderno de obra (Asiento N° 05, de fecha 11.07.13).*

4.2.5. *Con Carta N° 235-2013-MCG, recibido el 05.08.13, remitimos a la Entidad Contratante el sustento adicional a nuestra Carta N° C-215-2013-MCG, en razón de que se sugiere la utilización de Cable Unipolares de 300mm² N2XH, los cuales se instalarán 3(1x300mm²) por cada fase.*

4.2.6. *Con Carta N° 239-2013-MCG, recibido el 08.08.13, solicitamos a la Entidad Contratante Ampliación de Plazo N° 02, por sesenta (60) días calendarios, por la demora en la absolución de consultas.*

4.2.7. Mediante Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED, recibido el 29.08.13, la Entidad Contratante declaró procedente parcialmente la Ampliación de Plazo N° 02.

4.2.8. Con Carta N° 261-2013-MCG, recibido el 06.09.13, solicitamos a la Entidad Contratante Ampliación de Plazo N° 03, por cuarenta y cinco (45) días calendarios, por no contar con los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y plano estructural para el soporte del transformador y otros, este hecho impide ordenar la fabricación de puertas y ventanas.

4.2.9. Mediante Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED, recibido el 25.09.13, la Entidad Contratante declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 03.

4.2.10. Con carta N° 262-2013-MCG de fecha 06/09/2013 solicitamos a la Entidad la Aprobación del Adicional de Obra N° 01.

4.2.11. Con Carta N° 266-2013-MCG, recibido el 24.09.13, solicitamos a la Entidad Contratante Ampliación de Plazo N° 04, por treinta y ocho (38) días calendarios, causal del uso de transformador en aceite autorizado con fecha 10.09.13.

4.2.12. Mediante Resolución Jefatural N° 4549-2013-ED, recibido el 27.09.13, la Entidad Contratante declaró improcedente la solicitud de Adicional de Obra N°01.

4.2.13. Mediante Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED, recibido el 14.10.13, la Entidad Contratante declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 04.

Conclusiones de los fundamentos de hecho

A) Queda demostrado plenamente que la Entidad Contratante actuó de manera injusta e ilegal, puesto que desde el inicio de la obra no actuó de acuerdo a Ley, siendo que no atendió de manera oportuna y total a nuestras consultas de fallas y/o defectos percibidos al Expediente Técnico. Además, de no atender adecuadamente las Ampliaciones de Plazo N° 01, y N° 02, N° 03, N° 04, y no reconocer los mayores metrados ejecutados para cumplir con las metas del proyecto.

B) Que, en mi calidad de representante legal me he acercado innumerables veces a la sede social de la demandada a fin de buscar

solución a las controversias suscitadas, no teniendo ninguna respuesta positiva a mis pretensiones, por lo que consideramos válido que vuestro Tribunal, declare fundadas nuestras pretensiones y ordene el pago de éstas.

C). Igualmente debo señalar que con las controversias surgidas con la Entidad Contratante y ante el presente proceso arbitral, nos ha generado un perjuicio frente a las empresas del sistema financiero nacional, ya que al tomar conocimiento de ello, éstas elevaron nuestra calificación de riesgo, exigiéndonos gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas.

D). Que siempre hemos tenido la intención de resolver nuestras controversias de la manera más rápida y sin causar un mayor gasto económico a las partes en este contrato, a diferencia de la Entidad Contratante que en todo momento se ha negado a solucionar nuestras controversias siendo intransigente en su actuar, al rechazar nuestra solicitud a conciliar, causando un perjuicio económico mayor.

E). Queda plenamente demostrado que la Entidad Contratante, obra de manera incorrecta y sin sustento legal ni técnico, esperando que desistieramos en nuestro derecho de reclamar por un hecho injusto, se negaron en todo momento a solucionar nuestras controversias antes de este proceso arbitral con la intención de que no acudiéramos a esta instancia por nuestra golpeada economía, cuya responsabilidad total es de la Entidad Contratante.

F). Ahora bien, en cuanto a la conceptualización doctrinaria y de literatura especializada, respecto de la indemnización por daños y perjuicios causados por la Entidad Contratante, debo manifestar lo siguiente:

** La doctrina y la literatura especializada contemplan que el hecho dañoso puede constituir una conducta activa u omisiva del agente del daño (en este caso de la Entidad Contratante), tratarse de un supuesto doloso o culposo, o de un hecho que no siendo doloso ni culposo, puede vincularse al resultado (daño), a través de un factor objetivo de atribución (riesgo o peligro creados, garantía de reparación, equidad, etc.).*

** Ahora bien en lo referente a la culpa inexcusable, esta misma no trata de una negligencia cualquiera, apenas un descuido, un olvido circunstancial, sino de una torpeza mayor inaceptable en una persona de intelecto medio, a quien no se le puede aceptar ninguna clase de disculpa ni justificación.*

* En cuanto al daño emergente, este consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor; es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del incumplimiento de la obligación de parte del deudor. Así tenemos que la Entidad Contratante actuó inobservando la normatividad vigente negándose en todo momento a solucionar nuestras controversias siendo intransigente en su actuar, al rechazar nuestra solicitud a conciliar, causando un perjuicio económico mayor.

G). Los demás reclamos que serán ampliados en su oportunidad.”

- 1.2. Es de precisar que mediante la *Resolución N° 2 de fecha 16 de enero del 2014*, este Colegiado tuvo por presentada oportunamente la demanda arbitral del CONTRATISTA y por formuladas las siete (07) pretensiones arbitrales así como los diecinueve (19) medios probatorios documentales, corriéndose finalmente traslado de la misma a su contraria, el MINEDU.

2. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL

- 2.1. Mediante escrito de fecha 17 de febrero del 2014 EL DEMANDADO (por medio de su Procuraduría Pública), presentó – en el Principal - su contestación de demanda, mientras que en su Primer y Segundo Otrosí Digo delegó su representación en los abogados que ahí se señalan y se reservó el derecho de ampliar, complementar y/o modificar los fundamentos de su contestación. Es preciso indicar que MINEDU amparó su contestación de demanda arbitral en relación a las pretensiones planteadas por EL CONTRATISTA, en base a las siguientes consideraciones que a continuación pasamos a detallar:

III.- FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

1.- Respecto de la pretensión a) en el sentido que se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Jefatural Nro. 3911-2013-ED que aprueba parcialmente la ampliación de plazo Nro. 02 únicamente por quince (15) días y; en consecuencia se conceda al contratista los sesenta (60 días) calendario solicitados mediante Carta Nro. 239-2013-MCG, recibido el 08.08.13.

Antecedentes:

1.1.- Mediante Carta C.239-2013-MCG, el contratista adjunta el Informe N° 028-2013-MAXOM SAC CONTRATISTAS GENERALES,

presentado el 08 de agosto de 2013, mediante el cual solicita la Ampliación de Plazo N° 02, por 60 días calendario, que es lo que demoraría la fabricación del Transformador, transporte, montaje y pruebas.

1.2.- Con Informe N° 076-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, presentado el 15.08.2013, el Inspector de Obra concluye que es procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, por 15 días calendario, por la demora en la absolución de las consultas referidas al transformador de potencia y cables de alimentación eléctrica (baja tensión).

1.3.- A través del Informe N° 201-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS del 22.08.2013, el Coordinador de la Obra y el Coordinador Macro Regional N° 03, concluyen que es procedente la Ampliación de Plazo N° 02 por 15 días calendario, con lo cual la fecha de término del plazo contractual se difiere al 27 de agosto 2013.

1.4.- Mediante la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29.08.2013 se declaró procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por quince (15) días calendario y notificado al contratista con el Oficio N° 7665-2013-MINEDU-NMGI-OINFE del 29 de agosto de 2013.

Fundamentos para declarar INFUNDADA la pretensión a) de la demanda:

1.5.- La ampliación de plazo N° 02, solicitada por la empresa contratista MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, es supuestamente por la demora de la Entidad en la absolución de las consultas referidas al tipo de transformador de tensión eléctrica (seco o en aceite) que se debe utilizar en la obra.

1.6.- El contratista manifiesta desconocer el Calendario General Valorizado de Obra del Expediente Técnico de Obra, con el que se sustentan los plazos de ejecución parciales de las partidas constructivas involucradas en la ampliación de plazo Nro. 02 que sirvió para obtener los 15 días calendario aprobados por la Entidad, queriendo hacer prevalecer el que presentó con la Carta C. 179-2013-MCC, como documento complementario con ocasión de la firma del contrato de ejecución de obra.

1.7.- Al respecto, debemos manifestar que el contratista no ha cumplido con presentar al inspector de la obra, el Calendario de Avance de Obra Valorizado adecuado a la fecha de inicio del plazo contractual (09.07.2013), por lo que el Inspector al momento de evaluar la

ampliación de plazo N° 02 solicitada por el contratista, ha elaborado el calendario correspondiente, basado en el Calendario General Valorizado de Obra que forma parte del expediente técnico de la obra, que fue entregada al contratista con el Oficio N° 5941-2013-MINEDU-NMGI-OINFE del 05 de julio de 2013 y respondida por éste último con la Carta C. 214-2013-MCC del 09 de julio de 2013, suscribiendo inclusive el Calendario General Valorizado de Obra.

1.8.- Por lo tanto, se ha determinado que el calendario de avance de obra valorizado presentado por el contratista con su Carta C. 179-2013-MCG, no es compatible con el Calendario General Valorizado de Obra que formó parte del Expediente Técnico de Obra, razón por la que prevalece este último cuya adecuación a la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra ha sido elaborada por el inspector de la obra; en la que se sustentó la ampliación de plazo N° 02 solo por 15 días calendario otorgados a la empresa contratista MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES.

1.9.- Con respecto, a lo manifestado por el contratista en el sentido que ha suspendido la orden de fabricación del transformador de tensión, por la discrepancia existente con ELECTRODUNAS, concesionario eléctrico, sobre el tipo de transformador de tensión, debemos manifestar que la Entidad absolvió la consulta respectiva el 09 de agosto de 2013 (Asiento N° 27 de fecha 09.08.2013 del Inspector de Obra), sustentado en el Informe N° 450-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-EP-EB-JRL del Área de Estudios y Proyectos.

1.10.- No obstante que la Entidad absolvió la consulta dentro del plazo de ejecución vigente, el contratista a través del Residente de Obra, mediante el e-mail del 15 de agosto de 2013, hace una consulta al supervisor de ELECTRODUNAS, sobre el tipo de transformador a utilizarse, planteando las discrepancias entre los documentos del expediente técnico de obra (aprobado por ELECTRODUNAS y la Entidad), creando inexplicablemente una nueva discrepancia con ELECTRODUNAS, tal como lo manifiesta el Inspector de obra en su Informe N° 077-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, lo que motivó que la Entidad cursará el Oficio N° 7484-2013- MINEDU/VMGI-OINFE a ELECTRODUNAS comunicándole que la Entidad ya resolvió sobre el tipo de transformador en aceite solicitándole una reunión de coordinación con el inspector de obra.

1.11.- Finalmente ELECTRODUNAS en respuesta al oficio N° 7484-213-MINED/VMGI-OINFE remite el Oficio UGO-1336-2013 DEL 29.09.2013 manifestando que se deberá cumplir con la norma referida a

la instalación y mantenimiento de las estaciones de suministro eléctrico y equipos de transformador seco o en aceite.

1.12.- Por lo tanto, es responsabilidad de la empresa contratista MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, el haber planteado la discrepancia ante ELECTRODUNAS, sobre el tipo de transformador a utilizar en la obra, no obstante que la Entidad definió oportunamente el uso del Transformador de Tensión en aceite, corroborado por ELECTRODUNAS con el Oficio UGC-1336-2013 del 23/09/2013.

1.13.- Teniendo en cuenta lo expuesto en los puntos precedentes, solicitamos al Tribunal Arbitral se sirva declarar INFUNDADA la pretensión a) de la demanda; toda vez que la Resolución Jefatural Nro. 3911-2013-ED que aprueba parcialmente la ampliación de plazo Nro. 02 únicamente por quince (15) días ha sido expedida conforme a derecho.

2.- Respecto de la pretensión b) en el sentido que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural Nro. 4467-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo Nro. 03 y; en consecuencia se conceda al contratista los cuarenta y cinco (45) días calendario solicitados mediante Carta Nro. 261-2013-MCG.

Antecedentes:

2.1.- Mediante Carta C.261-2013-MCG, el contratista adjunta el Informe N° 029-2013-MAXOM SAC CONTRATISTAS GENERALES, presentado el 06 de setiembre de 2013, mediante el cual solicita la Ampliación de Plazo N° 03 por 45 días calendario, debido a causas ajenas al contratista ya que no se cuenta con planos arquitectónicos de la caseta de la subestación y plano estructural para el soporte del transformador y otros, toda vez que este hecho impide ordenar la fabricación de puertas y ventanas.

2.2.- Con Informe N° 084-201 3-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, presentado el 13.09.2013, el Inspector de Obra concluye que es improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 45 días calendario.

2.3.- A través del Informe N° 216-201-MINEDUNMGI-OINFE-USOM-WPS del 17.08.2013, recepcionado el 18.08.2013, el Coordinador de la Obra y el Coordinador Macro Regional N° 03, concluyen que es improcedente la Ampliación de Plazo N° 03 por 45 días calendario, con lo cual la fecha de término del plazo contractual se mantiene inalterable al 27 de agosto 2013.

2.4.- Mediante Resolución Jefatural Nro. 4467-2013-ED del 25.09.13 se declaró improcedente la solicitud de ampliación del plazo Nro. 03 por 45 días calendario y notificado al contratista con el oficio Nro. 8568-2013-MINEDU/VMGI-OINFE del 25 de setiembre de 2013.

2.5.- Mediante el Informe Nro. 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE - USOM-ADAA del 07 de octubre de 2013, recepcionado el 09 de octubre del 2013, el Inspector de Obra ratifica su opinión por la aprobación parcial de la solicitud de ampliación de Plaza N° 02 por 15 días calendario y la improcedencia de la solicitud de la ampliación de Plaza N° 03 por 45 días calendario

Fundamentos para declarar INFUNDADA la pretensión b) de la demanda:

2.6.- La ampliación de plazo N° 03, solicitada por la empresa contratista MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, se debe a causas ajenas al contratista ya que no contaba con planos arquitectónicos de 10 casetas de la subestación y piano estructural para el soporte del transformador y otros, toda vez que este hecho impide ordenar la fabricada de puertas y ventanas.

2.7.- La Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED del 25.09.2013, mediante la cual la Entidad emite su pronunciamiento se sustenta en el informe N°084-2013- MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, Informe N°216-2013 MINEDU/VMG1-OINFEUSOM-WPS e Informe N°038-2013-MINEDU/VMG1-OINFE-FOGR (se adjuntan al presente).

2.8.- Cabe señalar que teniendo en cuenta lo expuesto en el punto precedente, resulta pertinente precisar lo establecido en el Informe Nro. 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA de fecha 07 de octubre de 2013, suscrito por el Inspector de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Ing. Alberto Alvarado Arellano, quien hace un resumen de las anotaciones en el Cuaderno de Obra, mencionando lo siguiente:

En el Asiento N° 42 el Residente de Obra indica:

"Se solicita ampliación de plazo por 45 días, debido al causal ajenas al contratista ya que no se cuenta con planos de arquitectura de la caseta de SSEE y plano estructural para soporte del transformador y otros , este hecho impide ordenar la fabricación puertas y ventanas".

Respuesta al Asiento Nro. 42

"El asiento N° 42 anotado por el Residente de obra no cumple con el Art. N° 194 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento debido a que este asiento ha sido añadido posteriormente con la finalidad de anotar la ampliación de plazo N° 03 generando que la numeración de asientos posteriores sean adulterados invalidando de este manera todos los asientos. Asimismo debo indicar que los Asientos 49, 51, 53 y 54 que presentan las mismas anomalías que el asiento N° 42, que viene a ser del uso de 02 sellos diferentes en el mismo día, diferencias de letras de llenado y diferencias de firmas.

Referido a la construcción de la subestación esta se encuentra al 90%, como se aprecia en las fotos sustentadoras de la valorización N° 02 y los avances en la obra se han efectuado en función a aprobaciones directas.

El Art. N° 196 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento indica "Las consultas se formulan en el cuaderno de Obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda. Las consultas por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, no requieran de la opinión del proyectista, serán absueltas por estos dentro de un plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas las mismas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los días (2) días siguientes acudirá a la Entidad, la cual deberá resolverla en un plazo máximo de cinco (5) días..", a lo largo de la construcción de la caseta se ha absuelto consultas referido a la arquitectura, el 22 de agosto el contratista formula en cuaderno de Obra su propuesta constructiva acerca de la ventana y puerta, pero sin embargo dejo pasar el tiempo intencionalmente y no acudir a la Entidad por medio de una documentación incumpliendo lo indicado en el Art. N°196 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento."

2.9.- De acuerdo a lo anterior, el Informe Nro. 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA hace mención al artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que estipula lo siguiente:

*"Artículo 200°.- Causales de Ampliación de Plazo
De conformidad con el artículo 41° de la Ley el Contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución vigente, al momento de la solicitud de ampliación:*

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. -*
- 2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*

3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiera otorgado”

2.10.- De este modo, el Ing. Alvarado Arellano, señala que al haber sido agregado adrede el plazo Nro. 03 ha generado que la numeración de asientos posteriores sean adulterados invalidando de esta manera todos los asientos, incumpliendo así el artículo 194 del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado y; al no haber efectuado el contratista la consulta de manera directa a la entidad, dentro de los plazos establecidos en el artículo 196 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se está buscando atrasos inexistentes de actividades secundarias por parte del contratista y no de la entidad; motivo por el cual la solicitud del contratista no se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 200 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado.

2.11.- Concluye el Ing. Alvarado Arellano que el contratista ha cumplido con la formalidad de anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación de plazo, pero ha añadido el asiento Nro. 42 posteriormente con la finalidad de anotar la ampliación de plazo Nro. 03, generando que la numeración de asientos posteriores sean adulterados; invalidando de esta manera todos los asientos.

2.12.- Teniendo en cuenta lo expuesto en los puntos precedentes, solicitamos al Tribunal Arbitral se sirva declarar INFUNDADA la pretensión b) de la demanda; toda vez que la Resolución Jefatural Nro. 4467-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo Nro. 03 y; en consecuencia se conceda al contratista los cuarenta y cinco (45) días calendario ha sido expedida conforme a derecho.

3.- Respecto de la pretensión c) en el sentido que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural Nro. 4750-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo Nro. 04 y; en consecuencia se conceda al contratista los treinta y ocho (38) días calendario solicitados mediante Carta Nro. 266-2013-MCG.

Antecedentes

3.1.- A través de la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED de fecha 09 de agosto de 2013 la Entidad declaró procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por quince (15) días calendario presentada por el Contratista postergando la fecha de término contractual hasta el 27 de agosto de 2013.

3.2.- Mediante Asiento del Cuaderno de Obra de fecha 10 de septiembre de 2013 EL CONTRATISTA de Electrodunas señaló que el transformador a instalar debe considerar que la caseta debe estar protegida y aislar el tránsito por lo que debe usar un transformador de aceite en cumplimiento de las normas vigentes Asimismo indicó que la Entidad debe adjuntar una carta de compromiso de cambio del transformador seco por uno en baño de aceite y menciona que Electrodunas se exime de cualquier problema que suceda en el futuro por la compra e instalación del transformador en baño de aceite.

3.3.- Con Asiento N° 48 del Cuaderno de Obra de fecha 11 de septiembre de 2013 el Contratista indicó que solicitaría la ampliación de plazo por treinta y ocho (38) días calendario, debido a que con la opinión del CONTRATISTA de Electrodunas del 10 de septiembre de 2013, concluyó la causal que impedía la fabricación del transformador.

3.4.- A través de la Carta N° C.266-2013-MCG, recibida por la Entidad el 24 de septiembre de 2013, el Contratista presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por treinta y ocho (38) días calendario, al haber concluido la causal del uso del transformador en aceite autorizado el 10 de septiembre por Electrodunas.

Fundamentos para declarar INFUNDADA la pretensión c) de la demanda:

3.5- Mediante Informes N° 089-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, de fecha 01 de octubre de 2013, y N° 223-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS, de fecha 04 de octubre de 2013, el Inspector y el coordinador de Obra de la Unidad de Supervisión de obras y Mantenimiento, respectivamente, recomendaron declarar improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, presentada por el contratista el 24 de setiembre de 2013 debido a que fue presentada fuera de plazo vigente de ejecución de obra, el cual venció el 27 de agosto de 2013.

3.6.- Así lo señala además el Informe Nro. 092 -2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA de fecha 07 de octubre de 2013, suscrito por el Inspector de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Ing. Alberto Alvarado Arellano, quien manifiesta que, en efecto, la ampliación del plazo N° 04 por 38 días calendario, solicitada por la empresa MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES, es porque, según el contratista, recién el 10 de setiembre de 2013, EL CONTRATISTA designado por la Concesionaria ELECTRODUNAS, señaló a través del asiento del cuaderno de obra del concesionario, que

deberá usar un transformador de aceite, en razón que no estaba definido el tipo de transformado (seco o en aceite); y los 38 días lo determina en un cuadro de avance en el que se observa el siguiente desagregado: 30 días para la fabricación del transformador, 01 días para el transporte de materiales y 07 días para el montaje y pruebas eléctricas.

3.7.- Asimismo, menciona el Ing. Alberto Alvarado Arellano, que se debe tomar en cuenta que el contratista ha sometido a arbitraje las ampliaciones de Plazo N° 02 y 03, cuyas causales se refieren a lo siguiente:

Ampliación del Plazo N° 02 por 60 días calendario, solo para la fabricación del transformador, transporte, montaje y pruebas y en razón que al 08 de agosto de 2013 no se había absuelto la consulta referida al tipo de transformador a usar en la obra (seco o en aceite); y los 60 días el contratista lo determina en un cuadro de avance en el que se observa el siguiente desagregado: 42 días para la fabricación del transformador, 03 días para el transporte de materiales y 15 días para el montaje y pruebas eléctricas. La Entidad le otorgó quince (15) días calendario, basado en el calendario de avance del expediente técnico de obra.

En el supuesto negado que el Laudo Arbitral resuelva procedente los 60 días calendario solicitados por el contratista, la fecha de término del plazo contractual podría diferirse del 12 de agosto de 2013 al 11 de octubre de 2013.

La Ampliación de Plazo N° 03 por 45 días calendario, es porque no contaba con los planos arquitectónicos de la caseta de la sub estación y plano estructural para el soporte del transformador y otros, lo que impedía ordenar la fabricación de puertas y ventanas para la caseta.

La Entidad declaró improcedente la solicitud antes referida por no haber cumplido con los plazos establecidos en el Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y a la vez por existir evidencias que la caseta se encontraba con un avance físico del 90.00% aproximadamente.

En el supuesto negado que el Laudo Arbitral resuelva procedente los 45 días calendario solicitados por el contratista, y por ser causal diferente a la ampliación de plazo N° 02, la fecha de término del plazo contractual podría diferirse del 12 de agosto de 2013 al 26 de setiembre de 2013; esto es, dentro de la ampliación de plazo Nro. 02 que vencerla el 1 de octubre de 2013, solicitada por el contratista.

De igual manera, como se puede apreciar, el contratista incurre en una serie de imprecisiones y falta de sustento, al determinar los plazos parciales que determinan su solicitud de Ampliación Plazo N° 04, comparándolos con los plazos parciales que determinaron su solicitud de ampliación de plazo N° 02; como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Partidas	Ampliación N° 02 (días)	Ampliación N° 04 (días)
Fabricación de transformador de 400 KVA	42	30
Transporte de materiales	3	1
Montaje y pruebas eléctricas	15	7
TOTALES (d.c.)	60	38

Asimismo, en el supuesto negado que el laudo arbitral le otorgue la ampliación de plazo N° 04 al contratista por 38 días calendario, y la ampliación de plazo N° 02 por 60 días calendario, la fecha de término del plazo contractual podría diferirse al 18 de noviembre de 2013.

3.8.- En consecuencia, la solicitud de ampliación de plazo Nro. 04, además, no es compatible con los plazos parciales de cada partida del calendario del Expediente Técnico aprobado por la Entidad, además carece sustento técnico debido a que el plazo de ejecución de la obra con el que se convocó el proceso de selección es de treinta y cinco (35) días calendario.

3.9.- Siendo esto así, solicita al Tribunal Arbitral se sirva declarar INFUNDADA la pretensión b) de la demanda; toda vez que la Resolución Jefatural Nro. 4750-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo Nro. 04 y; en consecuencia se conceda al contratista los treinta y ocho (38) días calendario, ha sido expedida conforme a derecho.

4.- Respecto de la pretensión d) en el supuesto negado que no se declaren aprobadas las ampliaciones solicitadas y se tenga atraso en la obra, no se apliquen penalidades por mora en la ejecución de la obra por cuanto el atraso en la ejecución en las partidas faltantes es exclusiva responsabilidad de la entidad contratante.

4.1.- *Cabe manifestar que la pretensión d) es en realidad una pretensión accesoria a las pretensiones a), b) y c); por consiguiente si las pretensiones referidas, conforme se ha expuesto y acreditado en los puntos precedentes, serán declaradas INFUNDADAS, la pretensión d) de la de demanda arbitral también deberá ser declarada INFUNDADA, ello además en atención al principio jurídico de que lo accesorio corre la suerte de lo principal.*

5.- *Respecto de la pretensión e) en relación a la obligación de dar suma de dinero (pago) por concepto de los trabajos realizados correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto para que este no constituya un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante al amparo del artículo 1954º del Código Civil, por el monto ascendente a la suma de S/. 91,662.28, según anexo Q.*

5.1.- *Conforme a lo expuesto en el punto 1 (numeral 1.1. al numeral 1.12), en el punto 2 (numeral 21.1 al 2.12), en el punto 3 (numeral 3.1 al 3.9) del ítem Fundamentos de la Contestación a la Demanda y de acuerdo a lo manifestado en el Informe Nro. 235-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS de fecha 21.10.13; el Informe Nro. 180-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-CAAG de fecha 11 de octubre de 2013; el Informe Nro. 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA de fecha 07 de octubre de 2013 e Informe Nro. 230-2013-MINEDU/OINFE-USOM-WPS de fecha 14 de octubre de 2013, la Entidad ha acreditado que actuando conforme a derecho se han expedido las Resoluciones Jefaturales Números 3911-2013-ED, 4467-2013-ED y 4750-2013-ED que han declarado IMPROCEDENTES las solicitudes de ampliación de plazo presentadas por el contratista*

5.2.- *Siendo esto así, no existe obligación alguna de parte del MINEDU por concepto de pago por los trabajos realizados correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto; por consiguiente no existe la posibilidad que la Entidad indemnice al contratista por el referido concepto menos aún por un supuesto enriquecimiento sin causa como erróneamente pretende la parte demandante, máxime si tenemos que la Entidad en ejercicio de su derecho ha desestimado las solicitudes del contratista contenidas en la Carta C.239-2013-MCG, Carta C.261-2013-MCG y Carta N° C.266-2013-MCG; motivo por el cual no existe obligación indemnizatoria ello de conformidad con lo señalado en el artículo 1971 del Código Civil que establece que no existe responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.*

5.3.- Además, debemos señalar que el demandante incurre en una grave omisión, pues en el texto de su demanda no precisa y menos acredita el quantum de la indemnización, circunstancia que contraviene lo señalado el numeral 23 del Acta de Instalación, el mismo que establece que las partes deben ofrecer medios de prueba que respalden sus pretensiones.

5.4.- Por las razones expuestas solicitamos al Tribunal se sirva declarar INFUNDADA la pretensión e) de la demanda arbitral.

6.- Respecto de la pretensión f) sobre la obligación por parte de la entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso); honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

6.1.- Solicitamos al Tribunal se sirva declarar INFUNDADA la pretensión f) de la demanda arbitral, ya que se trata de una materia no arbitrable, puesto que lo referente a los gastos arbitrales se definirán de conformidad a lo establecido en los artículos 69º y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, razón por la cual corresponderá al Colegiado resolver de manera pertinente lo referido a los costos y costas del presente proceso arbitral.

7.- Respecto de la pretensión g) en relación a que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se origina como daño emergente, en el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales tal y como lo estipula los artículos 1969 y 1985 del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

7.1.- Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que el demandante no ha probado la existencia de un daño o menoscabo en sus intereses, por el contrario, con la expedición de las resoluciones Jefaturales Nro. 3911-2013-ED, 4467-2013-ED y 4750-2013-ED la Entidad ha acreditado que las solicitudes de ampliación de plazo Nro. 02, 03 y 04 se efectuaron sin el sustento debido, por lo que no le corresponde invocar pago alguno por concepto de indemnización por concepto de daño

emergente, más aún si tenemos en cuenta que conforme a lo dispuesto en el Art. 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado concordante con el artículo 155 del mismo cuerpo normativo, es requisito indispensable para la suscripción del contrato que el postor ganador entregue a la entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo, la cual debe ser emitida por el 10% del monto del contrato y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, por consiguiente resulta a todas luces IMPROCEDENTE la pretensión g) de la demanda.

7.2.- Aún más, de lo expuesto se puede apreciar, que el responsable de los gastos por la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento es el Contratista y no el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108, no siendo materia arbitrable dicha pretensión y respecto al perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso conciliación y arbitraje dicho concepto está relacionado a las costas y costos del proceso que no son materia arbitrable de conformidad a lo establecido en los artículos 69º y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje

7.3.- Por tanto, solicita se declare IMPROCEDENTE la pretensión g) de la demandada arbitral, por las razones expuestas.

IV- FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

1.- El art. 47º de la Constitución Política del Perú, que dispone que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley.

2.- Artículos 12.1, 22.1 del Decreto Legislativo N° 1068, Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

3.- Artículos 22, 36 y el inciso 1) del artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo Nro. 1068, aprobado con Decreto Supremo N° 017-2008-JUS.

4.- Artículo 29 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Educación, Decreto Supremo N° 006-2006-ED, que dispone que la defensa jurídica del Ministerio de Educación está a cargo del Procurador Público.

5.- Artículo N° 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF.

- 6.- *Artículo N° 191º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF.*
- 7.- *Artículo N° 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF.*
- 8.- *Artículo N° 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF.*
- 9.- *Artículo 1971º del Código Civil, que establece que no existe responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.”*
- 2.2. Es de señalar que por medio de la *Resolución N° 04 de fecha 18 de febrero del 2014*, este Colegiado dispuso – entre otras cosas - tener por contestada la demanda por parte del MINEDU.
- 2.3. Finalmente, a través del segundo extremo resolutivo de la *Resolución N° 06 de fecha 04 de marzo del 2014* y su modificatoria contenida en la *Resolución N° 07 de fecha 11 de marzo del 2014* este Tribunal citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, programada para el día martes 25 de marzo del 2014 a horas nueve (09) de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral.
3. **DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.**

- 3.1. En la fecha y hora programada y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la *Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios*, este Tribunal declaró SANEADO EL PROCESO, y se dejó constancia que las partes por el momento no han arribado a ningún acuerdo conciliatorio, procediéndose seguidamente a establecerse los puntos controvertidos, siendo éstos los siguientes:

“

1.- *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED que aprueba parcialmente la ampliación de plazo N° 02 únicamente por quince (15) días y si corresponde o no conceder al CONTRATISTA, los sesenta (60) calendarios solicitados mediante Carta N° 239-2013-MCG, al amparo de lo previsto en el artículo 200º del D.S. 184-2008-EF,*

modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2.- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo N° 03 y determinar si corresponde o no conceder al CONTRATISTA los cuarenta y cinco (45 días) calendarios solicitados mediante Carta N° 261-2013-MCG al amparo del artículo 200° del D.S. 184-2008-EF modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

3.- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo N° 04 y determinar si corresponde o no concederle al CONTRATISTA los treinta y ocho (38 días) calendarios solicitados mediante Carta N° 266-2013-MCG al amparo del artículo 200° del D.S. 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.- En el supuesto que no se declaren aprobadas las ampliaciones solicitadas por EL CONTRATISTA y se demuestre la existencia de atraso en la obra, que el tribunal determine si corresponde o no que EL MINEDU aplique penalidades por mora en la ejecución de la obra.

5.- Determinar si existe o no la obligación de dar suma de dinero (pago) por concepto de los trabajos realizados correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto y determinar si la negativa de dicha obligación de pago constituye o no un enriquecimiento sin causa por parte del MINEDU, al amparo del artículo 1954° del Código Civil, por el monto ascendente a la suma de S/. 91,662.28.

6.- Determinar si corresponde o no que el Tribunal reconozca y ordene al MINEDU el pago por los daños y perjuicios por daño emergente, por el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y de materiales y gastos por pagos al personal administrativo y técnico; así como por las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías y que no habrían permitido la participación del CONTRATISTA en diversos procesos de selección.

7.- Determinar si corresponde o no la obligación por parte del MINEDU, de dar una suma de dinero (pago), por concepto de costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso); honorarios del Tribunal Arbitral y

de la Secretaría, derivados del presente proceso, más los intereses correspondiente, hasta la fecha de su cancelación.”

- 3.2. Finalmente, en cuanto a la admisión de medios probatorios en esta Audiencia se dio cuenta del escrito N° 04 presentado en ese momento por EL MINEDU, mediante el cual ofreció siete (07) nuevos medios probatorios documentales que corren signados como los anexos 4-A al 4-G, estableciéndose sobre este particular, tenerlos por ofrecidos y correr traslado de dicho escrito al CONTRATISTA, concediéndosele al efecto un plazo de cinco (05) días hábiles para que manifieste lo que mejor convenga a su derecho. Empero, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se admitió los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes tanto en la demanda arbitral como en el escrito de contestación.
- 3.3. Es de señalar que observando posteriormente de los actuados arbitrales que MAXOM no ejerció su derecho formulando en contra de los nuevos medios probatorios alguna cuestión probatoria, este Colegiado dictó la *Resolución N° 09 de fecha 09 de abril del 2014*, admitiendo los referidos nuevos medios de probanza ofrecidos por EL DEMANDADO, concediendo a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y citándolas a la *Audiencia de Informes Orales para el día miércoles 23 de abril del 2014 a horas doce (12) del mediodía*, en la sede del Tribunal Arbitral.

4. DE LOS ALEGATOS, DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES, DE LA PRESENTACIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS Y DE LA FIJACIÓN DEL PLAZO PARA LAUDAR

- 4.1. Por medio de la *Resolución N° 10 de fecha 23 de abril del 2014* este Tribunal tuvo por presentados oportunamente los alegatos escritos del MINEDU, que es la que cumplió únicamente con su presentación.
- 4.2. En esa misma fecha (23 de abril del 2014) y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales**, en las que ellas (con la participación de sus respectivos asesores) expusieron los fundamentos en que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y de su respectiva contestación. Además, luego de las respectivas réplicas y dúplicas, ambas partes absolvieron las interrogantes formuladas por los miembros de este Tribunal Arbitral. Conviene acotar que al finalizar esta Audiencia, se solicitó que para mejor laudar, EL CONTRATISTA entregue a este Colegiado el ORIGINAL del Cuaderno de Obra que tiene en su poder, concediéndole para tal fin un plazo de tres (03) días hábiles para que cumpla con su entrega.

- 4.3. Es así que mediante el Escrito N° 03 de fecha 28 de abril del 2014, EL CONTRATISTA cumplió con entregar el original del cuaderno de obra y a su vez presentó un informe escrito fundamentando sus pretensiones arbitrales, adjuntado a su vez algunos documentos, pero sin identificarlos con claridad y precisión. Es por ello que través de la *Resolución N° 11 de fecha 29 de abril del 2014*, se requirió a esta parte subsanar esta omisión en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles, bajo apercibimiento de tener por no presentado su informe para mejor resolver. Finalmente, habiendo MAXOM cumplido mediante su escrito N° 4 con atender los defectos advertidos, este Colegiado expidió la *Resolución N° 12 de fecha 05 de mayo del 2014*, teniendo por cumplido el requerimiento indicado, presente los once (11) documentos que se adjuntan, así como presente el informe escrito presentado a través del escrito N° 03 y a conocimiento del DEMANDADO los escritos N° 3 y N° 4, para que haga valer su derecho, de así considerarlo pertinente.
- 4.4. Posteriormente, por medio de la *Resolución N° 14 de fecha 04 de junio del 2014*, se tuvo por absuelto el traslado efectuado por el MINEDU a través de su escrito S/N° de fecha 27 de mayo del 2014, y se dispuso poner en conocimiento de MAXOM dicho escrito conjuntamente con el Informe adjuntado (N° 086-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS.), por el plazo de cinco (05) días hábiles.
- 4.5. Mediante es el escrito N° 05 de fecha 12 de junio del 2014, MAXOM cumplió oportunamente con el conocimiento conferido, adjuntando al efecto dieciséis (16) nuevos medios probatorios documentales. Es por ese motivo que se emitió la *Resolución N° 15 de fecha 13 de junio del 2014*, se tuvo por absuelto oportunamente este conocimiento y se dispuso a su vez ponerlo en conocimiento del DEMANDADO.
- 4.6. Luego, por medio de la *Resolución N° 17 de fecha 09 de julio del 2014*, se tuvo por absuelto el conocimiento efectuado por el MINEDU a través de su escrito S/N° de fecha 08 de julio del 2014, y se dispuso poner en conocimiento del CONTRATISTA dicho escrito conjuntamente con el Informe adjuntado (N° 121-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS.), por el plazo de cinco (05) días hábiles.
- 4.7. Es así que con el escrito N° 06 de fecha 17 de julio del 2014, MAXOM cumplió oportunamente con el conocimiento conferido, adjuntando al efecto cuatro (04) nuevos medios probatorios documentales. Es por ese motivo que se emitió la

Resolución N° 18 de fecha 18 de julio del 2014, se tuvo por absuelto oportunamente este conocimiento y se dispuso a su vez ponerlo en conocimiento del DEMANDADO.

- 4.8. En atención a este nuevo traslado, por medio de la *Resolución N° 21 de fecha 18 de agosto del 2014*, se tuvo por absuelto el conocimiento efectuado por el MINEDU a través de su escrito S/N° de fecha 15 de agosto del 2014, y se dispuso poner en conocimiento del CONTRATISTA este nuevo escrito conjuntamente con el Informe adjuntado (N° 150-2014-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS.), por el plazo de cinco (05) días hábiles.
- 4.9. De manera que con el escrito N° 07 de fecha 26 de agosto del 2014, MAXOM cumplió oportunamente con el conocimiento conferido, adjuntando al efecto tres (03) nuevos medios probatorios documentales. Es por ese motivo que se emitió la *Resolución N° 23 de fecha 27 de agosto del 2014*, se tuvo por absuelto oportunamente este conocimiento y se dispuso igualmente ponerlo en conocimiento del DEMANDADO.
- 4.10. Siguiendo los actuados arbitrales se tiene que por medio del *primer extremo resolutivo de la Resolución N° 26 de fecha 23 de setiembre del 2014*, se tuvo por absuelto el conocimiento efectuado por el MINEDU a través de su escrito S/N° de fecha 17 de setiembre del 2014, y se dispuso poner en conocimiento del CONTRATISTA dicho escrito conjuntamente con los Informes adjuntados (N° 010-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED-OAJ y N° 001-2014-MINEDU/VMGI-PRONIED-UGEO-UEO-ADAA) y la Opinión del OSCE N° 027-2014/DTN, por el plazo de cinco (05) días hábiles.
- 4.11. Es así que con el escrito N° 08 de fecha 30 de setiembre del 2014, MAXOM cumplió oportunamente con el conocimiento conferido, ratificándose para ello en lo señalado en su escrito N° 07. Es por esa razón que se dictó la *Resolución N° 27 de fecha 03 de octubre del 2014*, en la que tuvo por absuelto oportunamente este conocimiento y se concedió a ambas partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus informes finales, dejándose constancia que con la presentación o no de dichos informes, este Colegiado fijaría el correspondiente plazo para laudar.
- 4.12. Es así que con fecha 21 de octubre del 2014, tanto MAXOM como el MINEDU presentaron sus informes finales, teniéndose presente su ingreso oportuno a través de la *Resolución N° 28 de fecha 22 de octubre del 2014*. De igual modo, en la

anotada *Resolución N° 29*, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, teniendo éste como fecha de vencimiento el miércoles 03 de diciembre del 2014.

- 4.13. Por último, mediante la *Resolución N° 29 de fecha 27 de noviembre del 2014*, este Tribunal dispuso – para mejor laudar - la prórroga del plazo por treinta (30) días adicionales.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes y se instaló en el OSCE; (ii) que, no se ha recusado a ninguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, MAXOM presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestarla, en el plazo acordado; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos, informes finales y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo prorrogado, señalado en la Resolución N° 29 de fecha 27 de noviembre del 2014.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

2. MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no atender las pretensiones promovidas por MAXOM, y que son aquellas que aparecen recogidas literalmente en Punto 3.1. de la Sección I (antecedentes de este laudo) referidos a la AUDIENCIA DE SANEAMIENTO,

CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

3. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en el numeral 6) del Acta de Instalación, se dispone que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia es la legislación peruana. Asimismo, se agrega que las normas aplicables al presente arbitraje de acuerdo con lo establecido en el numeral 52.3 del Art. 52º de la Ley debe mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante LA LEY), 3) el Reglamento de LA LEY, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, EL REGLAMENTO), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado. Finalmente se puntualiza que esta disposición es de orden público, siendo su incumplimiento causal de anulación de laudo.

De igual modo, también debe observarse lo que EL CONTRATO indica en sus cláusulas SEXTA (PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO) y DÉCIMO SÉTIMA (MARCO LEGAL DEL CONTRATO):

“El presente contrato, está conformado por las Bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes”.

“Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda y demás normas de derecho privado.”

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, ADMITIDAS Y ACTUADAS DENTRO DEL PRESENTE ARBITRAJE.

4.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL): Determinar si corresponde o no

declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED que aprueba parcialmente la ampliación de plazo N° 02 únicamente por quince (15) días y si corresponde o no conceder al CONTRATISTA, los sesenta (60 días) calendarios solicitados mediante Carta N° 239-2013-MCG, al amparo de lo previsto en el artículo 200º del D.S. 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.1.1. Posición de MAXOM:

- En primer término, de la demanda arbitral se desprende que EL DEMANDANTE omite fundamentar de manera clara y precisa los alcances de esta primera pretensión.
- Empero, de manera posterior esta omisión es subsanada por EL DEMANDANTE a través de su informe final presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014. En efecto, ahí se ha señalado lo siguiente:

“1. Respecto a la Ampliación de Plazo N° 02.

Con Carta N° 239-2013-MCG, recibida el 08.08.13, solicitamos la Ampliación de Plazo N° 02; sin embargo, la Entidad solo nos otorgó 15 días calendarios, trasladándose la fecha de término contractual al 27/08/2013. Nosotros habíamos solicitado 60 días calendarios por la causal de que no se definía qué tipo de transformador se iba a utilizar seco o en aceite. De acuerdo al Artículo 183º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indica que el postor deberá cumplir para que pueda suscribir el contrato de Obra entre otros puntos, el ítem 3 del mencionado artículo es decir "entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el programa de ejecución de obra (PERT-CPM).

De acuerdo al cronograma de avance de obra presentado para la firma del contrato indica lo siguiente:

Partida 1.1: Suministro, Montaje de subestación

compacta y conexiones 29 días.

Partida 19: Revisión y pruebas eléctricas 2 días.

Total 31 Días.

INFORMACION SOBRE EL TIPO DE TRANSFORMADOR

Dentro de la partida 1.10 (folio N° 107 del Expediente de la Demanda Arbitral) el equipo principal es la fabricación del Transformador el cual tiene plazos mínimo de fabricación (06 semanas) se adjunta cotizaciones

de los fabricantes que cotizaron la fabricación del transformador para la obra en mención.

Al existir contradicciones en el Expediente Técnico contractual entre otras con respecto al transformador en la cual en las Especificaciones Técnicas indica Transformadores Seco y en los planos figura un Transformador en Aceite, cabe mencionar que con Informe N° 432- 2013-MINEDU/VMGI-OINFE, de la oficina de Estudios y Proyectos del Ministerio de Educación en fecha 01/09/2013 indicaba que el transformador es seco (folio 74 del Expediente de la Demanda Arbitral).

Con Oficio N° 7484-2013-MINEDU/VMGI-OINFE, con fecha 22/08/2013 (folio 70 del Expediente de la Demanda Arbitral) el Jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa solicita a Electrodunas (concesionaria) respuesta sobre el tipo de Transformador a usarse en la obra "Sistema de Utilización de 10-22.9Kv, para la IE. José de San Martín - Pisco" dicho documento fue recibido por Electrodunas el 27.08.2013. Asimismo menciona que al existir discrepancia se está originando retraso en el plazo de ejecución de la obra, se tiene que resaltar que la ampliación de plazo N° 02 concedida por la Entidad fue de 15 días calendarios con lo cual la nueva fecha de vencimiento del plazo contractual es el 27.08.2013.

Como se puede deducir, al 27.08.2013 no estaba definido el tipo de transformador a fabricarse para la obra, pero el plazo contractual se vencía el mismo día. Con fecha 09.08.2013 el inspector nos indica a través del cuaderno de obra (Asiento 28) que el Transformador es en Aceite, El concesionario (Electrodunas) indicaba que se debe instalar Transformador Seco.

Finalmente con fecha 10/09/2013, con Asiento 16 del Cuaderno de Obra con Electrodunas, acepta el uso del Transformador en Aceite pero condicionando a que la Entidad entregue Carta de compromiso del cambio del Transformador Seco por uno en Baño de Aceite y mencionar que Electrodunas se exime de cualquier problema que suceda en el futuro por la compra e instalación del transformador en Baño de Aceite. Cabe anotar que de acuerdo a la ley de Concesiones Eléctricas en el Sistema de Utilización 10 kv la prevalencia o decisión final lo tiene el Concesionario.

Por ello, la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED, recibida el 29.08.13, en la misma que aprueba parcialmente la Ampliación de Plazo N° 02, deberá ser declarada nula y/o ineficaz parcialmente, por haberse dictado en contravención con el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ello al haber contravenido las leyes y normas reglamentarias (inciso 1, del Artículo 10°, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), y se deberá aprobar nuestra Ampliación de Plazo N°02, por los 60 días calendarios solicitados.

Por todo lo expuesto consideramos pertinente declarar fundada nuestra pretensión.”

4.1.2. Posición de MINEDU:

- La ampliación de plazo N° 02, solicitada por MAXOM, es supuestamente por la demora del MINEDU en la absolución de las consultas referidas al tipo de transformador de tensión eléctrica (seco o en aceite) que se debe utilizar en la obra.
- Señala que EL CONTRATISTA no ha cumplido con presentar al inspector de la obra, el Calendario de Avance de Obra Valorizado adecuado a la fecha de inicio del plazo contractual (09.07.2013), por lo que el Inspector al momento de evaluar la ampliación de plazo N° 02 solicitada, ha elaborado el calendario correspondiente basado en el Calendario General Valorizado de Obra que forma parte del Expediente Técnico de la obra, que fue entregada al CONTRATISTA con el Oficio N° 5941-2013-MINEDU-NMGI-OINFE del 05 de julio de 2013 y respondida por éste último con la Carta C. 214-2013-MCC del 09 de julio de 2013, suscribiendo inclusive el Calendario General Valorizado de Obra.
- Por lo tanto, se ha determinado que el calendario de avance de obra valorizado presentado por el CONTRATISTA con su Carta C. 179-2013-MCG, no es compatible con el Calendario General Valorizado de Obra que formó parte del Expediente Técnico de Obra, razón por la que prevalece este último cuya adecuación a la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra ha sido elaborada por el inspector de la obra; en la que se sustentó la ampliación de plazo N° 02 solo por 15 días calendario otorgados a la empresa contratista MAXOM S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES.
- Con respecto, a lo manifestado por el contratista en el sentido que ha suspendido la orden de fabricación del transformador de tensión, por la discrepancia existente con ELECTRODUNAS, concesionario eléctrico, sobre el tipo de transformador de tensión, indica que el MINEDU absolvió la consulta respectiva el 09 de agosto de 2013 (Asiento N° 27 de fecha 09.08.2013 del Inspector de Obra), sustentado en el Informe N° 450-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-EP-EB-JRL del Área de Estudios y Proyectos.

- Añade que no obstante que el MINEDU absolvió la consulta dentro del plazo de ejecución vigente, EL CONTRATISTA a través del Residente de Obra, mediante el e-mail del 15 de agosto de 2013, hace una consulta al supervisor de ELECTRODUNAS, sobre el tipo de transformador a utilizarse, planteando las discrepancias entre los documentos del expediente técnico de obra (aprobado por ELECTRODUNAS y el MINEDU), creando inexplicablemente una nueva discrepancia con ELECTRODUNAS, tal como lo manifiesta el Inspector de obra en su Informe N° 077-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, lo que motivó que el MINEDU cursará el Oficio N° 7484-2013- MINEDU/VMGI-OINFE a ELECTRODUNAS comunicándole que el MINEDU ya resolvió sobre el tipo de transformador en aceite solicitándole una reunión de coordinación con el inspector de obra.
- Finalmente ELECTRODUNAS en respuesta al Oficio N° 7484-213-MINED/VMGI-OINFE remite el Oficio UGO-1336-2013 del 29.09.2013 manifestando que se deberá cumplir con la norma referida a la instalación y mantenimiento de las estaciones de suministro eléctrico y equipos de transformador seco o en aceite.
- Por lo tanto concluye el MINEDU que es responsabilidad de MAXOM, el haber planteado la discrepancia ante ELECTRODUNAS, sobre el tipo de transformador a utilizar en la obra, no obstante que el MINEDU definió oportunamente el uso del transformador de tensión en aceite, corroborado por ELECTRODUNAS con el Oficio UGC-1336-2013 del 23/09/2013.

4.1.3. Posición del Tribunal:

- a) Expuesta de esta forma las posiciones de ambas partes respecto de este primer punto en controversia, éste Colegiado en mayoría estima que este análisis deberá centrarse en la causal de nulidad invocada por MAXOM, esto es, la recogida en el numeral 1) del Art. 10° de la Ley N° 27444, que es aquella referida a la ***“Contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”*** en directa alusión al Artículo 183° del REGLAMENTO, a efectos de determinar si es procedente o no declarar la Nulidad o Ineficacia PARCIAL, de la ***Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED.***
- b) Previo a ello, conviene recordar que con respecto a esta primera causal, DANOS ORDOÑEZ ha dicho que: ***“La infracción al ordenamiento***

jurídico es la más grave de las infracciones en que puede incurrir un acto administrativo porque una de las garantías más importantes del Estado Constitucional de Derecho consiste precisamente en que la Administración Pública sólo puede actuar dentro del marco de la juridicidad. Por dicha razón el principio de legalidad es el primero de los principios rectores del procedimiento administrativo consagrados por el numeral 1.1., del artículo IV del Título Preliminar de la nueva LPAG, conforme al cual las autoridades administrativas están obligadas a actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.”¹.

- c) De igual modo, es preciso recordar en segundo término, qué señalan de manera expresa tanto el Artículo 183º como los Artículos 200º y 201º del REGLAMENTO, referido a los requisitos adicionales que debe observar todo contratista para suscribir un contrato de obra como el que es materia de esta litis, así como a las causales para solicitar una ampliación de plazo y el procedimiento que debe seguir todo contratista y entidad a efectos de conceder dicha ampliación:

“Artículo 183º.- Requisitos adicionales para la suscripción del Contrato de Obra

Para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 141º, el postor ganador deberá cumplir los siguientes requisitos:

(...)

3. Entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM).

4. Entregar el calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualizará con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente.

(...)” (El subrayado es del Colegiado).

“Artículo 200º.- Causales de ampliación de plazo

¹ DANOS ORDOÑEZ, Jorge. En “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” – Segunda Parte. 1º Edición, Julio del 2003. Página 233.

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

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

“Artículo 201º.- Procedimiento de ampliación de plazo

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

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

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

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

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

- d) Además, en relación a los artículos glosados, la reciente *Opinión N° 052-2014/DTN de fecha 24 de julio del 2014, emitida por el OSCE*, ha dicho en sus partes pertinentes², lo siguiente:

“2.2. (...) debe señalarse que el numeral 3) del artículo 183 del Reglamento establece que el ganador de la buena pro debe cumplir con la obligación de “Entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT

² A las que se han suprimido expresamente las notas a pie de página.

- CPM)" como requisito para suscribir el contrato.

La elaboración del mencionado calendario se realiza en función al programa de ejecución de obra y tiene por finalidad que la Entidad controle el avance de la obra, pues le permite identificar atrasos en su ejecución, programar el presupuesto para el pago de las valorizaciones y, de ser el caso, tomar las decisiones que sean necesarias para culminar la obra en el plazo previsto.”.

“2.4. Ahora bien, en el caso de los contratos de obra, el artículo 201 del Reglamento detalla los aspectos relacionados con el procedimiento de ampliación del plazo contractual, precisando en su penúltimo párrafo que “La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas (...). El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, (...), la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. (...).”

Como se aprecia, una vez aprobada la ampliación del plazo, el contratista tiene la obligación de presentar un calendario de avance de obra valorizado actualizado, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior.

La presentación de este calendario actualizado es importante pues, al incluir tanto el plazo adicional como las partidas afectadas por la paralización y/o atraso y su programación correspondiente, permite a la Entidad mantener el control del avance de la obra bajo las nuevas condiciones originadas por la aprobación de la ampliación del plazo.”

- e) Finalmente, dentro de esta etapa previa de definiciones, recurrimos a las precisiones detalladas por ÁLVAREZ PEDROZA y ÁLVAREZ MEDINA, respecto al Calendario Valorizado de Avance de Obra a que se refiere el Art. 183º del REGLAMENTO:

“Es el documento en el que consta la programación mensual valorizada en la ejecución de la obra contratada. En resumen, el Calendario es el documento en el que constarán los siguientes aspectos:

- Denominación de la Obra Contratista

- *Valor Referencial de la Obra*
- *Factor de relación (El cociente resultante de dividir el monto del contrato de la obra entre el monto del Valor Referencial)*
- *Inicio de Obra.*
- *Plazo.*
- *Finalización del Contrato.*
- *Partidas a ejecutarse por determinados periodos*
- *Fecha de inicio y finalización de la partida*
- *Costo Directo más Gastos Generales y Utilidades por partida*
- *Otros que denote objetivamente la ejecución de la obra y el gasto respectivo.”³*

Igualmente, en relación al procedimiento de ampliación de plazo recogido en el Art. 201º del citado REGLAMENTO, dichos autores han enfatizado lo siguiente:

“Obligación del Contratista a presentar al Inspector o Supervisor del Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la Programación PERT-CPM.- Una vez ampliado el plazo, el contratista tiene la obligación de presentar al inspector o supervisor un Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente.

PERT. La traducción de las Siglas en inglés Significan: técnica de revisión y evaluación de programas, es una técnica de redes desarrollado en la década de los 50, utilizada para programar y controlar programas a realizar. Cuando hay un grado extremo de incertidumbre y cuando el control sobre el tiempo es más importante sobre el control del costo, PERT es mejor opción que CPM.

CPM. La traducción de las siglas en inglés significan: método del camino crítico, es uno de los sistemas que siguen los principios de redes, que fue desarrollado en 1957 y es utilizado para planear y controlar proyectos, añadiendo el concepto de costo al formato PERT.”⁴

“Qué Calendario se actualiza?- La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorado actualizado.

³ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando: “El Proceso de Contratación de Ejecución de Obra”. Ediciones Gubernamentales. Primera Edición 2012. Página 161.

⁴ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y ÁLVAREZ MEDINA. Op Cit. Página 518.

Recordemos que para la suscripción del contrato, entre otros documentos, de acuerdo con el Artículo 183º de este Reglamento, el contratista entregó el Calendario de Avance de Obra Valorizado en concordancia con el cronograma de desembolsos establecido; éste calendario es el documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de la obra por un periodo determinado. De acuerdo con las Normas Técnicas de Control de la Contraloría General de la República, en efecto el indicado Calendario constituye el documento en el que consta la programación mensual valorizada en la ejecución de la obra contratada.”⁵

- J.*
- L*
- f) Es así que de todo lo expuesto se desprende que para la firma del CONTRATO, MAXOM tuvo la obligación de entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), mientras que recién cuando se apruebe algún pedido de ampliación de plazo (ya sea éste total o parcial), deberá adjuntar el CONTRATISTA dicho calendario de avance obra, esta vez actualizado, el mismo que además, para modificar de manera válida el anterior, deberá ser este último aprobado por LA ENTIDAD.
 - g) Pues bien, como se desprende de la posición expuesta por cada uno de las partes y, como consecuencia del pedido de ampliación de plazo N° 2 formulado por MAXOM, EL MINEDU desconoce que éste haya cumplido con alcanzar a la firma del CONTRATO el tantas veces citado calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM) y adecuado a la fecha de inicio del plazo contractual (09 de julio del 2013), toda vez que únicamente reconoce que éste ha alcanzado uno diferente de avance (tiempos) que habría distorsionado – de manera unilateral –, el plazo parcial de la partida de suministro, montaje de subestación compacta y conexiones, motivo por el cual, al momento de efectuar el cálculo de esta ampliación parcial de plazo N° 2, se afirma que el Inspector lo desconoció (por no ser compatible con aquél), elaborando más bien el calendario correspondiente basado en el Calendario General Valorizado de Obra que forma parte del Expediente Técnico de la obra. Este hecho puede además apreciarse del Informe N° 076-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA de fecha 15 de agosto del 2013⁶ (que fuera emitido por el Ingeniero de

⁵ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y ÁLVAREZ MEDINA. Op. Cit. Página 519.

⁶ Resulta conveniente destacar que la parte pertinente y final del Informe N° 076-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, dice lo siguiente:

Obras Ing. Alberto Alvarado Arellano, corriendo como anexo 4-A del Escrito N° 04 – Ofrezco Medios probatorios del MINEDU), y que es el que sirvió a la postre de sustento para el posterior Informe N° 201-2013-MINEDU/VMGI-OIFE-USOM-WPS del 22 de agosto del 2013, emitido por el Coordinador de Obra de la Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento y, para la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29 de agosto del 2013, declare parcialmente fundado la solicitud de ampliación N° 02 peticionada por EL CONTRATISTA.

- b) Efectivamente, respecto de este punto MAXOM, si bien en su demanda y alegatos escritos señala haber alcanzado el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), posteriormente, en su escrito N° 04 de fecha 05 de mayo del 2014, adjunta, como Anexos F y G, su Cronograma de Obra y Calendario Valorizado de Obra, ambos presentados a la firma del CONTRATO, advirtiéndose del primero de ellos que el plazo de duración del Ítem 11, es de 29 días. Por último, MAXOM manifestó en forma posterior en su escrito N° 05 de fecha 12 de junio del 2014, lo siguiente: *“Con respecto a la partida suministro, montaje de subestación compacta y conexiones existe la fabricación del transformador de 400 KV A, los cuales según los diversos fabricantes su fabricación demora entre 6 y 8 semanas. Según las bases del proceso de adjudicación, indica que su fabricación demora 3 días lo cual no tiene ningún asidero técnico, ya que el proceso de fabricación tiene diferentes*

“(...)”

Del análisis del Cronograma debo manifestar lo siguiente:

- *El plazo de ejecución de la obra es de 35 días calendario, por lo que la solicitud de ampliación de plazo no debe superar el plazo de 35 días.*
- *De acuerdo al calendario valorizado de la obra, donde la Adquisición de la subestación Compacta incluido el Transformador es de 03 días calendarios y para su Instalación otros 04 días calendario y 03 días de pruebas.*
- *De acuerdo al calendario valorizado de la obra, para la Adquisición del cable (Baja Tensión) es de 03 días calendario y su instalación es por 05 días calendario (pero es ruta crítica).*
- *De acuerdo al calendario la actividad de maniobra de conexión son 04 días y por la Revisión y Pruebas es un 01 día.*

Superponiendo las actividades mencionadas éstas dan un tiempo de quince días calendarios. Del análisis del Calendario valorizado que forma parte del Presente Contrato, para las dos actividades del transformador y el cable de baja tensión, corresponde 15 días de retraso correspondiente.

etapas (construcción de cubeta, rebobinado, sistema de aislantes, ensamblaje, eliminación de humedad, pruebas previas, etc.).

MAXOM S.A.C. no podía validar el error que comete la Entidad en su documento de cronograma de ejecución de Obra y presenta para la firma de Contrato de Obra el cronograma real de ejecución de Obra.” (El subrayado es del Colegiado).

- i) De manera que a juicio de este Colegiado MAXOM no ha negado expresamente haber variado el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), ajustándolo – según su posición -, a los reales tiempos de ejecución del suministro, montaje de subestación compacta y conexiones; reajuste que sin embargo no se condice con el tiempo total pactado en el CONTRATO para su ejecución.
- j) De lo anterior entonces se sigue que el MINEDU no ha contravenido en lo más mínimo los alcances del Art. 183º del REGLAMENTO al momento de evaluar el pedido de ampliación de plazo N° 02 peticionado por el CONTRATISTA, ni menos, lo concerniente a este punto en lo relativo al procedimiento descrito en el Art. 201º del REGLAMENTO que debe seguirse para que emita pronunciamiento LA ENTIDAD respecto a la indicada solicitud de ampliación.

En efecto, la decisión adoptada sobre este particular por el MINEDU se sustenta en lo manifestado por el Inspector de Obra y el Coordinador de Obra de la Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento, pues ambos concluyeron técnicamente que es procedente parcialmente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, presentada por el CONTRATISTA por quince (15) días calendario. De ello se siguió que ante el reconocimiento de la propia ENTIDAD de la demora incurrida por ella en la absolución de consultas, tal situación afectó el plazo contractual de ejecución de la obra, configurándose en el presente caso de la causal de atrasos y/o paralizaciones por causas atribuibles a la ENTIDAD, establecida en el numeral 2 del Art. 200º del REGLAMENTO.

- k) *En consecuencia, este Colegiado llega a la entera convicción que debe declararse INFUNDADA la primera pretensión principal que corresponde a este primer punto controvertido.*

4.2. *SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL):* Determinar si corresponde o no

declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo N° 03 y determinar si corresponde o no conceder al CONTRATISTA los cuarenta y cinco (45 días) calendarios solicitados mediante Carta N° 261-2013-MCG al amparo del artículo 200° del D.S. 184-2008-EF modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.2.1. Posición de MAXOM:

- Un resumen de la posición del DEMANDANTE en cuanto a este segundo punto en controversia, lo tenemos en su informe final presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014. En efecto, ahí se ha señalado lo siguiente:

“2.- Respetto a la Ampliación de Plazo N° 03”

Con Carta N° 261-2013-MCG, recibida el 06.09.13, solicitamos a la Entidad Contratante la Ampliación de Plazo N°03, por cuarenta y cinco (45) días calendarios, por no contar con los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y el plano estructural para el soporte del transformador y otros, este hecho impide ordenar la fabricación de puertas y ventanas.

La entidad contratante ha declarado improcedentes la Ampliación de Plazo N° 03, porque aparentemente fueron solicitados fuera del plazo contractual, pero si tal como esperamos al probar el Tribunal Arbitral que nuestra ampliación de plazo N° 02 podrán comprobar que nuestra ampliación de plazo N° 03 se solicitó dentro del plazo contractual.

Por todo lo dicho, la Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED, deberá ser declarada nula y/o ineficaz, por haberse dictado en contravención con el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, ello al haber contravenido las leyes y normas reglamentarias (inciso 1, del Artículo 10° de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), y se deberá aprobar nuestra Ampliación de Plazo N°03, por cuanto el Inspector de Obras, Ing. Alberto Alvarado, en su Informe, solo hace un resumen de las anotaciones del Cuaderno de Obra, sin analizar el fondo de los hechos.

Por todo lo expuesto consideramos pertinente declarar fundada nuestra pretensión.”

4.2.2. Posición de MINEDU:

- La denegatoria a la solicitud de ampliación de plazo N° 03, está sustentada en gran parte en el Informe N° 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA suscrito por el Inspector de Obras de la Oficina de

Infraestructura Educativa – OINFE respecto al asiento N° 42 y su respuesta por parte del Supervisor de la Obra, llegando a la conclusión que al haberse agregado adrede su pedido de ampliación de plazo N° 3, ello ha generado que la numeración de los asientos posteriores sean adulterados, a ello se suma que los asientos 49, 51, 53 y 54 presentan las mismas anomalías que el asiento N° 42, por haberse hecho uso de 02 sellos diferentes en el mismo día, diferencias de letras de llenado y diferencias de firmas; llevando en consecuencia a la invalidación de todos los asientos, incumpliendo así el Art. 194º del REGLAMENTO.

- A esto se agrega que el argumento esgrimido por MAXOM para peticionar esta ampliación de plazo N° 3 y que está referido al hecho de no contar con los planos arquitectónicos de 10 cassetas de la subestación y plano estructural para el soporte del transformador y otros, pues ello impediría ordenar la fabricación de puertas y ventanas; no sería tal en la medida que según en anotado Informe N° 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, la subestación se encuentra al 90% como se aprecia de las fotos sustentadoras de la valorización N° 02 presentada por MAXOM.

4.2.3. Posición del Tribunal:

- a) Expuesta de esta forma las posiciones de ambas partes respecto de este segundo punto en controversia, éste Colegiado considera que para su dilucidación deberá en primer lugar establecerse si esta solicitud de ampliación de plazo N° 03 fue presentada oportunamente, pues de serlo, se pasará seguidamente a evaluar si la *Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED* ha incurrido en algún vicio de nulidad total o parcial que determine su pérdida de eficacia, por haber contravenido el ya citado numeral 1) del Art. 10º de la Ley N° 27444 y en definitiva, si los argumentos esgrimidos por MAXOM para peticionar esta ampliación de plazo N° 03, sí constituyen una causal legal que permita sustentarla.
- b) Pues bien, a efectos de evaluar con detalle cual es el plazo oportuno con el que cuenta el CONTRATISTA para solicitar una ampliación de plazo, debemos recordar nuevamente que nos dice textualmente el primer párrafo del Art. 201º del REGLAMENTO:

“Artículo 201º.- Procedimiento de ampliación de plazo

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

(...)"

- c) Como se desprende lo anterior, el procedimiento para solicitar una ampliación de plazo, pasa por el hecho de que todo CONTRATISTA deba cumplir - necesariamente -, dos (02) condiciones: la primera, que desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal invocada, éste, por intermedio de su residente de obra, anote en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación de plazo peticionada; y, la segunda, que dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal deberán solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra, añadiéndose que en el caso que el hecho invocado supere el plazo vigente de ejecución contractual, su solicitud deberá ser efectuada antes de su vencimiento.
- d) Es así, que partiendo de la premisa que ambas condiciones deben ser cumplidas obligatoriamente por el CONTRATISTA, este Colegiado estima previamente evaluar en primer término la segunda de las condiciones.
- e) Pues bien, si traemos a colación la conclusión arribada por este Tribunal Arbitral en relación al primer punto en controversia, se tendrá que ahí se arribó a la plena convicción de que la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29 de agosto del 2013, no incurrió en ningún vicio de nulidad total o parcial, pues la declaratoria de FUNDADA EN PARTE el pedido de ampliación de plazo N° 02 no contravino ninguna norma legal o reglamentaria, tal como fue invocado por MAXOM, en este caso, el Art. 183º del REGLAMENTO; razón

por la que como consecuencia de haberse reconocido a favor del CONTRATISTA la ampliación del plazo solicitado en tan sólo quince (15) días calendario, ello importó que se postergue la fecha de término de la ejecución del CONTRATO hasta el 27 de agosto del 2013.

- f) Asimismo, del Anexo J de la demanda arbitral, se tiene que el pedido de ampliación de plazo N° 03 formulado por MAXOM lo realizó el día 06 de setiembre del 2013, a través de la Carta N° 261-2013-MCG, adjuntando al efecto el Informe N° 029-2013-MAXOM SAC CONTRATISTAS GENERALES. Esto quiere decir, que su solicitud fue realizada de manera extemporánea, toda vez que el hecho invocado como causal de su solicitud de ampliación de plazo N° 03, no tuvo ninguna respuesta por parte de la Supervisión de la Obra, al momento de acaecer el vencimiento del plazo contractual, tal como así puede verificarse de una exhaustiva revisión del Cuaderno de Obra, motivo por el cual EL DEMANDANTE se encontraba obligado a cumplir con la segunda condición comentada, esto es, que en aplicación del supuesto excepcional regulado en la parte final del primer párrafo del Art. 201° del REGLAMENTO, debió presentar, cuantificar y sustentar este pedido hasta el 27 de agosto del 2013; hecho que como queda dicho no hizo.
- g) De manera que al verificar que no se está cumpliendo una de los condiciones para la procedencia de un pedido de ampliación de plazo contractual, carecerá de todo objeto emitir algún pronunciamiento respecto a la otra de las condiciones descritas, pues aún en el caso de demostrarse que el asiento N° 42 realizado por el Residente de Obra resultara válido y plenamente eficaz (superándose en consecuencia los cuestionamientos efectuados por el MINEDU de que dicho asiento habría sido agregado con posterioridad para cumplir con dicho requisito); el no cumplirse con la anterior condición anotada, hace que esta solicitud de ampliación de plazo N° 03 devenga igualmente en IMPROCEDENTE.
- h) De manera que habiéndose declarado mediante la *Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED* IMPROCEDENTE el pedido de ampliación de plazo N° 03, por haberse formulado esta solicitud fuera del plazo legal que establece el Art. 201° del REGLAMENTO, se colige también que esta decisión del MINEDU NO ha incurrido en ningún vicio de nulidad total o parcial que determine su pérdida de eficacia.

- i) En consecuencia, este Colegiado llega a la entera convicción que debe declararse igualmente **INFUNDADA** la segunda pretensión principal que corresponde a este segundo punto controvertido.
- 4.3. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED que declara improcedente la ampliación de plazo N° 04 y determinar si corresponde o no concederle al CONTRATISTA los treinta y ocho (38 días) calendarios solicitados mediante Carta N° 266-2013-MCG al amparo del artículo 200º del D.S. 184-2008-EF, modificado por el D.S. N° 138-2012-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4.3.1. Posición de MAXOM:

- La posición central del DEMANDANTE en cuanto a este tercer punto en controversia, lo tenemos en su informe final presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014, pues ahí se ha indicado lo siguiente:

“3.- Respecto a la Ampliación de Plazo N° 04

Con Carta N°266-2013-MCG, recibida el 24.09.13, solicitamos a la Entidad Contratante la Ampliación de Plazo N° 04, por treinta y ocho (38) días calendarios, por la causal del uso del transformador en aceite autorizado recién con fecha 10.09.13.

Finalmente con fecha 10.09.2013 con Asiento 16 del Cuaderno de Obra con Electrodunas, acepta el uso del Transformador en Aceite pero condicionando a que la Entidad entregue Carta de compromiso del cambio del Transformador Seco por uno en Baño de Aceite y mencionar que Electrodunas se exime de cualquier problema que suceda en el futuro por la compra e instalación del transformador en Baño de Aceite. Cabe anotar que de acuerdo a la ley de Concesiones Eléctricas en el Sistema de Utilización 10kv la prevalencia o decisión final lo tiene el Concesionario.

Por lo expuesto, la Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED, recibido el 14.10.13, la Entidad Contratante declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 04, deberá ser declarar nula y/o ineficaz, Por todo lo expuesto consideramos pertinente declarar fundada nuestra pretensión, y se deberá aprobar nuestra Ampliación de Plazo N° 04, treinta y ocho (38) días calendarios.

Por todo lo expuesto consideramos pertinente declarar fundada nuestra pretensión.”

4.3.2. Posición de MINEDU:

- La denegatoria a la solicitud de ampliación de plazo N° 04, está sustentada en gran parte en los Informes N° 089-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA y N° 223-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-WPS que sostiene que este pedido debe ser declarada IMPROCEDENTE debido a que fue presentada fuera del plazo vigente de ejecución de obra, el cual venció el 27 de agosto de 2013. Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, ambos profesionales indicaron que no es compatible con los plazos parciales de cada partida del calendario del Expediente Técnico aprobado por la ENTIDAD y que carece de sustento técnico debido a que el plazo de ejecución contractual con el que se convocó el proceso de selección es de treinta y cinco (35) días calendario.

4.3.3. Posición del Tribunal:

- a) Expuestas de esta forma las posiciones de ambas partes respecto de este tercer punto en controversia, éste Tribunal considera que para su dilucidación deberá en primer lugar establecerse si esta solicitud de ampliación de plazo N° 04 fue presentada oportunamente, pues de serlo, se pasará seguidamente a evaluar si la *Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED* ha incurrido en algún vicio de nulidad total o parcial que determine su pérdida de eficacia, por haber contravenido el ya citado numeral 1) del Art. 10° de la Ley N° 27444 y en definitiva, si los argumentos esgrimidos por MAXOM para peticionar esta ampliación de plazo N° 04, si constituyen una causal legal que permita sustentarla.
- b) Pues bien, tal como lo señalamos en el análisis efectuado en el punto controvertido anterior, respecto al primer párrafo del Art. 201° del REGLAMENTO, el procedimiento para solicitar una ampliación de plazo, pasa por el hecho de que todo CONTRATISTA deba cumplir - necesariamente -, dos (02) condiciones: la primera, que desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal invocada, éste, por intermedio de su residente de obra, anote en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación de plazo peticionada; y, la segunda, que dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal deberán solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra, añadiéndose que en el caso que el

hecho invocado supere el plazo vigente de ejecución contractual, su solicitud deberá ser efectuada antes de su vencimiento.

- c) Pues bien, si traemos nuevamente a colación la conclusión arribada por este Tribunal Arbitral en relación al primer punto en controversia, se tendrá que ahí se arribó a la plena convicción de que la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29 de agosto del 2013, no incurrió en ningún vicio de nulidad total o parcial, pues la declaratoria de FUNDADA EN PARTE el pedido de ampliación de plazo N° 02 no contravino ninguna norma legal o reglamentaria, tal como fue invocado por MAXOM, en este caso, el Art. 183º del REGLAMENTO; razón por la que como consecuencia de haberse reconocido a favor del CONTRATISTA la ampliación del plazo solicitado en tan sólo quince (15) días calendario, ello importó que se postergue la fecha de término de la ejecución del CONTRATO hasta el 27 de agosto del 2013. A ello cabe añadir, que al haberse declarado IMPROCEDENTE el pedido de ampliación de plazo N° 03, dicho plazo de ejecución contractual, modificado, no sufrió variación alguna.
- d) Así, evaluando en ese sentido la primera de las condiciones, se tiene que el Residente de Obra anotó los motivos de la ampliación de plazo N° 04 en el Asiento N° 48, pero lo hizo el día 11 de setiembre del 2013. De igual modo, en el caso de autos se verifica del Anexo O de la demanda arbitral, que el pedido de ampliación de plazo N° 04 formulado por MAXOM fue realizado el día 24 de setiembre del 2013, a través de la Carta N° 266-2013-MCG.
- e) Esto quiere decir entonces que su solicitud fue realizada - al igual que en los dos (02) casos anteriores -, de manera extemporánea, toda vez que el hecho invocado como causal de su solicitud de ampliación de plazo N° 04, no sólo fue anotado en el asiento N° 48 del Cuaderno de Obra el día 11 de setiembre del 2013, sino también dicho pedido se efectuó con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución de contractual: el 27 de agosto del 2013.
- f) De ahí que habiéndose declarado mediante la *Resolución Jefatural N° 4750-2013-ED* IMPROCEDENTE el pedido de ampliación de plazo N° 04, por haberse formulado esta tercera solicitud fuera del plazo legal que establece el Art. 201º del REGLAMENTO, se colige igualmente que esta decisión del MINEDU tampoco ha incurrido en ningún vicio de nulidad total o parcial que determine su pérdida de eficacia.

g) *En consecuencia, este Colegiado llega a la entera convicción que debe declararse igualmente INFUNDADA la tercera pretensión principal que corresponde a este tercer punto controvertido.*

4.4. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA, SEGUNDA O TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL):** En el supuesto que no se declaren aprobadas las ampliaciones solicitadas por EL CONTRATISTA y se demuestre la existencia de atraso en la obra, que el tribunal determine si corresponde o no que EL MINEDU aplique penalidades por mora en la ejecución de la obra.

4.4.1. **Posición de MAXOM:**

- La posición central del DEMANDANTE en cuanto a este cuarto punto en controversia, lo tenemos en su informe final presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014, pues ahí se ha indicado lo siguiente:

“9. Respecto a la pretensión de la Entidad de tratar de imponer penalidad por la entrega no oportuna de la obra le manifestamos lo siguiente:

1. *MAXOM S.A.C. concluyó la obra con fecha 15/10/2013 y se indicó en el cuaderno de obra (Escrito N° 05 - Anexo A) asimismo en la misma fecha se solicitó al Concesionario la recepción de la obra (Escrito N° 05 - Anexo B).*
2. *El Concesionario (Electrodunas) luego de todo su procedimiento de revisión de la obra Sistema de Utilización en 10-22.9kv para la Institución Educativa José de San Martín, San Andrés - Pisco - lea, nos otorga la conformidad de obra en fecha 19/12/2013 (Escrito N° 05 - Anexo C).*
3. *En fecha 28/01/2014 la Concesionaria efectuó la conexión del Sistema de Utilización (Escrito N° 05 - Anexo H) e indica que la puesta en servicio e instalación lo efectuará la Gerencia Comercial, luego de cumplir con los requisitos de atención al nuevo cliente, que se efectuará cuando lo cumplan.*
4. *Con fecha 29/01/2014, el Director del Colegio San Martín, a través del Oficio N° 016-2014-UGEL-P-IEESJM-D (Escrito N° 05 - Anexo I) indica que el Título de Propiedad del local lo estará regularizando posteriormente, cabe indicar que el documento en mención es un requisito indispensable para que el Concesionario suministre energía a la propiedad.*

5. Con fecha 09/04/2014 el Director del Colegio consigue una copia del Título de Propiedad (Escrito N° 05 - Anexo P) y efectúa las coordinaciones con el Concesionario.
6. Con fecha 30/04/2014 el Concesionario efectúa la puesta en servicio del Sistema de Utilización 10/22.9kv (Escrito N° 05 - Anexo L), luego del cual la Entidad en la misma fecha indica que la obra ha concluido.

En conclusión la obra se terminó el 15/10/2013, pero por falta del Título de Propiedad del Colegio el Concesionario no pudo efectuar la puesta en servicio del Sistema de Utilización de 10/2.29kv efectuándolo finalmente el 30/04/2014 una vez regularizada la presentación del documento mencionado anteriormente.

Se menciona que de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas, la prevalencia de la decisiones referente a los Sistemas de Utilización 10/22.9kv la tiene el Concesionario.”

4.4.2. Posición de MINEDU:

- Al respecto el MINEDU estima que siendo ésta una pretensión accesoria a las tres anteriores pretensiones arbitrales, la misma deberá seguir la misma suerte que éstas, es decir, deberá ser igualmente declarada INFUNDADA.

4.4.3. Posición del Tribunal:

- a) Expuesta de esta forma las posiciones de ambas partes respecto de este cuarto punto en controversia, éste Tribunal considera dilucidar la naturaleza de la pretensión arbitral a que está vinculado este cuarto punto controvertido.
- b) Efectivamente, a fin de aclarar esta primera interrogante, conviene traer a colación para efectos ilustrativos, los alcances del primer párrafo del Art. 87º del Código Procesal Civil:

Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias

pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás. (Los subrayados son del Tribunal).

- c) Por lo tanto, estando a la definición indicada, este Colegiado entiende que la cuarta pretensión arbitral es una subordinada, en este caso a las tres (03) anteriores pretensiones arbitrales que resultan ser principales y que han sido declarados INFUNDADOS, por lo que corresponde proceder a su análisis.
- d) Hecha esta primera definición, resulta conveniente analizar a continuación si en caso se demuestre la existencia de atraso en la obra a que se refiere el CONTRATO, EL MINEDU puede aplicar penalidades por mora en la ejecución de la obra.
- e) Pues bien, sobre este particular, tenemos que la Cláusula Décimo Cuarta: Penalidades del CONTRATO, señala con claridad que: *“Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto de contrato vigente o del monto del ítem vigente que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...) Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento. Esta cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. La justificación por el retraso se sujet a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.”*
- f) Ciertamente, de la parte pertinente del artículo transcrita se puede concluir de manera categórica que el MINEDU sí puede aplicar penalidades por mora, cuando el CONTRATISTA incurra en retraso en la ejecución de la obra, pero siempre que este sea *injustificado*. Asimismo, de la norma acotada se desprende también que la justificación del retraso se encuentra sujeta a lo dispuesto en la propia LEY y su REGLAMENTO, nuestro Código Civil y las demás normas pertinentes sobre la materia.

g) Dicho esto, y habiendo dejado establecido que la Entidad contratante sólo puede aplicar penalidades al Contratista cuando éste ha incurrido en

atraso “injustificado” en la ejecución de la obra, por lo que el análisis del presente punto controvertido se circunscribe a determinar:

- i. Si existió atraso en la ejecución de la obra.
 - ii. Si, se demuestra lo anterior, deberá verificarse si el atraso se debió a causas ajenas a la voluntad del contratista o si le son imputables.
 - iii. Si como consecuencia de ello, la Entidad podrá penalizar o no al Contratista por el atraso incurrido.
- h) En relación al primer punto, tenemos que de lo resuelto en los puntos controvertidos precedentes, se verifica que en efecto han existido atrasos en la ejecución de la obra, toda vez que de acuerdo a lo ya resuelto por este Colegiado, la fecha de finalización del plazo contractual (según calendario vigente) se produjo el día 27 de agosto del 2013; mientras que la ejecución efectiva de la obra se dio recién el 15 de octubre del 2013 (según la propia declaración del Contratista que no ha sido objetada por la Entidad). Si bien es cierto la puesta en servicio del Sistema de Utilización de 10/2.29kv se hizo efectiva el 30 de abril del 2014, ello se debió a que el Colegio San Martín no contaba con Título de Propiedad (lo que se corrobora a través del Oficio N° 016-2014-UGEL-P-IEESJM-D), siendo este documento un requisito indispensable para que el Concesionario Electrodunas suministre energía a la propiedad (hecho que tampoco ha sido objetado por la Entidad).

Conviene reflexionar, como señala el profesor Canelo, “la prueba no es un concepto que sea privativo del proceso civil. En este sentido, la prueba es un concepto que se maneja en todos los tipos del proceso.”⁷; sin embargo, en un proceso, “*solo se prueba los hechos controvertidos.*”⁸ El profesor Palacios Pareja que “*Hecho controvertido es aquel cuya veracidad ha sido contradicha por las partes, no ha habido reconocimiento tácito ni allanamiento. Los puntos controvertidos están constituidos por aquellos hechos afirmados por cada una de las partes como fundamento de sus petitorios y que no son admitidos por la otra.*”⁹.

⁷ CANELO RABANAL, Raúl. “Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas Tomo II*. Editorial ADRUS, Arequipa Junio 2010. p. 41.

⁸ CANELO RABANAL, Raúl. Ob. Cit. p. 42.

⁹ PALACIOS PAREJA, Enrique. “La Fijación de Puntos controvertidos en la Metodología de la

Debe añadirse que entre la fecha en que se culminó la obra (15 de octubre del 2013) y la fecha de puesta en servicio (30 de abril del 2014), no puede calificarse como atraso toda vez que la naturaleza del contrato se encuentra enfocada a calificar como atraso todo aquel periodo transcurrido entre la fecha de finalización del plazo contractual y la fecha de culminación de la obra (hecho que se da con la anotación de este hecho en el cuaderno de obra solicitando la recepción de la misma), independientemente del momento en el que la obra ejecutada empiece a ser utilizada por el beneficiario de ella.

En ese escenario tenemos que entre el 27 de agosto del 2013 y el 15 de octubre del 2013 existió un atraso de 49 días calendario, debiendo para efectos de dilucidar el presente punto controvertido, verificar cuáles fueron las causas que motivaron que la obra sea culminada con posterioridad al vencimiento del plazo contractual.

- i) **En relación al segundo punto**, como ya se dijo, se verifica la existencia de un atraso de 49 días calendario, por lo que corresponde verificar si dicho atraso se debió a causas ajenas a la voluntad del Contratista o si éstas le fueron imputables.

Respecto a este punto, el Contratista ha señalado que durante la ejecución de la obra existió indefinición respecto al tipo de transformador que se iba a utilizar, pues no se tenía certeza de si sería “*seco o en aceite*”, pues existía contradicción en el expediente técnico contractual, toda vez que en las Especificaciones Técnicas se indicaba “*Transformador Seco*” y en los planos figuraba un “*Transformador en Aceite*”, habiéndose disipado tal indefinición con la emisión del Informe N° 432-2013-MINEDU/VMGI-OINFE de la oficina de Estudios y Proyectos del Ministerio de Educación de fecha 01 de septiembre del 2013.

En relación a esta justificación del atraso, en efecto se advierte que existió la indefinición alegada por el Contratista, lo que se encuentra corroborado por la propia Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29 de agosto del 2013 que declara parcialmente fundada la solicitud de ampliación N° 02 y concede a este quince (15) días calendario de ampliación de plazo.

Ahora bien, lo trascendente aquí, y sin que el razonamiento aquí empleado desacredite el razonamiento ni lo resuelto en el primer punto controvertido, es determinar durante que lapso de tiempo existió tal indefinición. Al respecto, resulta que el Contratista mediante Carta N° 239-2013-MCG recibida por la Entidad el 08 de agosto del 2013 comunicó la indefinición aludida a través de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 02, siendo que con oficio N° 7484-2013-MINEDU/VMGI-OINFE de fecha 22 de agosto del 2013 el Jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa solicita a la Concesionaria Electrodunas respuesta sobre el tipo de Transformador a usarse en la obra "Sistema de Utilización de 10-22.9Kv, para la IE. José de San Martín - Pisco".

En el recuento de los hechos ya descritos, con la emisión del Informe N° 432-2013-MINEDU/VMGI-OINFE de la oficina de Estudios y Proyectos del Ministerio de Educación de fecha 01 de septiembre del 2013, se disipa la indefinición alegada, siendo que con fecha 10 de septiembre 2013 (según aparece en el Asiento 16 del Cuaderno de Obra) Electrodunas acepta el uso del Transformador en Aceite pero condicionando a que la Entidad entregue Carta de compromiso del cambio del Transformador Seco por uno en Baño de Aceite y mencionar que Electrodunas se exime de cualquier problema que suceda en el futuro por la compra e instalación del transformador en Baño de Aceite.

Entonces se advierte que existió indefinición entre el periodo transcurrido entre el 08 de agosto del 2013 y el 10 de septiembre del 2013; es decir, por 33 días calendario que no le serían imputables al Contratista; sin embargo, debe tenerse en cuenta que de tal periodo, la Entidad, con la Resolución Jefatural N° 3911-2013-ED del 29 de agosto del 2013, al conceder parcialmente la ampliación de plazo N° 02 reconoce 15 días como atraso "no imputable al contratista"; es decir entonces que de los 49 días de atraso en la ejecución de obra que en el primer punto se concluyó existían, 18 de ellos (luego de descontar a los 33 días de indefinición los 15 reconocidos por la Entidad) no le serían imputables al Contratista.

En ese escenario, existirían aún 31 días de atraso, respecto del cual debe verificarse si son imputables o no al Contratista. Pues bien, al respecto tenemos que una segunda causa del atraso incurrido en la ejecución de la obra fue que no se contaba con los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y el plano estructural para el soporte del transformador y otros, hecho que impedía ordenar la fabricación de puertas y ventanas, por ello es que con Carta N° 261-2013-

MCG, recibida por la Entidad el 06 de septiembre del 2013, solicitó la Ampliación de Plazo N° 03, por cuarenta y cinco (45) días calendarios.

Aquí, debe señalarse que la Entidad cuando rechazó la ampliación solicitada, lo hizo bajo la consideración de que el pedido de ampliación de plazo fue extemporáneo, cosa que además ha sido ratificada por este Colegiado al pronunciarse respecto al segundo punto controvertido, precisando además la Entidad que según el Informe N° 092-2013-MINEDU/VMGI-OINFE-USOM-ADAA, la subestación se encontraba al 90% como se apreciaba de las fotos sustentadoras de la valorización N° 02 y que los asientos 49, 51, 53 y 54 presentaban las mismas anomalías que el asiento N° 42, por haberse adulterado los mismos y hecho uso de 02 sellos diferentes en el mismo día, diferencias de letras de llenado y diferencias de firmas; sin embargo, **no se advierte evidencia probatoria de que en efecto el Contratista haya contado con los planos requeridos.**

Si bien es cierto, el Contratista tampoco ha negado que el avance de la subestación se encontraba al 90% como señala la Entidad que se aprecia de las fotos sustentadoras de la valorización N° 02, no es menos cierto que para la ejecución de ese 10% pendiente de ejecución, sea indispensable contar con los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y el plano estructural para el soporte del transformador y otros para la continuación de la obra.

Aquí, independientemente de que la ampliación de plazo haya sido rechazada por extemporánea con los efectos de pérdida de mayores gastos generales que genera su denegatoria, no puede soslayarse que una cosa es que por cuestiones eminentemente formales un Contratista no acceda a un beneficio legal y reglamentario como lo es una ampliación de plazo y otra muy distinta es la necesidad de contar con un determinado requisito estructural para continuar la ejecución de la obra en óptimas condiciones para el propio beneficio de la Entidad.

Resulta entonces que el Contratista solicitó los planos antes indicados a la Entidad el 06 de septiembre del 2013, recibiendo la respuesta denegatoria de la Entidad (contenida en la Resolución Jefatural N° 4467-2013-ED) el 25 de septiembre del 2013, la misma que en su contenido contempla básicamente que el sustento para denegar la ampliación de plazo es la adulteración de los asientos del cuaderno de obra, cuestión que a juicio de este Colegiado debe reprocharse en tanto que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

exigen a las partes del Contrato Administrativo conducirse con probidad y buena fe; sin embargo, ello, si bien da lugar a que se desestime la ampliación de plazo solicitada en aquella oportunidad, no es óbice para que este Colegiado determine si el atraso generado por la ausencia de los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y el plano estructural para el soporte del transformador y otros es o no imputable al Contratista. En ese sentido, queda claro que tal documentación no es una que se encuentre en poder permanente de un Contratista, sino de terceros, por lo que el atraso generado en este supuesto, tampoco le sería imputable al Contratista.

En este estado, advirtiendo que el atraso generado por la ausencia de los planos arquitectónicos de la caseta de SS.EE. y el plano estructural para el soporte del transformador y otros, supera el atraso de 31 días que según se indicó, se encontraba pendiente de justificar.

Llegado a este punto entonces, puede concluirse categóricamente que independientemente del rechazo de las ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista, el atraso en la culminación de la obra incurrido por el Contratista no le sería imputable, por lo que en observancia estricta de lo dispuesto por el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los atrasos acaecidos en la ejecución del contrato materia de Litis no serían injustificados.

Finalmente, el Contratista señala como una tercera causa de su atraso que el uso del transformador en aceite recién fue autorizado el 10 de septiembre del 2013, dando lugar a su pedido de ampliación de plazo N° 04; sin embargo, sobre ello, este Colegiado ya ha realizado un amplio análisis, resultando redundante repetir el análisis ya evacuado, dado que el periodo de atraso generado por esta tercera causa, encuentra coincidencia con el periodo de atraso generado por la primera causa alegada.

- L*
- j) *Por lo tanto, este Colegiado concluye que la pretensión demandada por el Contratista debe declararse FUNDADA, determinándose asimismo que en el presente caso los atrasos incurridos por MAXOM en la ejecución de la obra obedecen a causas que no le son imputables, no siendo en consecuencia posible que por ello el MINEDU le imponga penalidades por mora.*
- X*

4.5. **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN CUARTA PRETENSION PRINCIPAL):** Determinar si existe o no la obligación de dar suma de dinero (pago) por concepto de los trabajos realizados correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto y determinar si la negativa de dicha obligación de pago constituye o no un enriquecimiento sin causa por parte del MINEDU, al amparo del artículo 1954º del Código Civil, por el monto ascendente a la suma de S/. 91,662.28.

4.5.1. Posición de MAXOM:

- Un resumen de los argumentos centrales que sustentan la quinta pretensión principal de MAXOM que será materia de análisis en este quinto punto en controversia, lo tenemos también en su informe final (numeral 4) presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014. Efectivamente, aquí se ha dicho que:

4.- Respecto a las partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto.

Las Deficiencias y Contradicciones del Expediente Técnico han originado que MAXOM S.A.C. asuma costos no contemplados en el presupuesto del Expediente Contractual con las consecuencias negativas con el sistema financiero y con los proveedores.

Asimismo se indica que la incompatibilidad no solo se presenta entre los planos y metrado sino entre los mismos planos existen divergencias.

Debe tener presente el Tribunal Arbitral que si bien la obra ha sido licitada por el sistema a Suma Alzada, esto no significa que la obra es un saco vacío donde todos los errores u omisiones del Expediente Técnico deben ser asumidos por el Contratista, véase la definición del Reglamento, que señala que debe convocarse así cuando la calidad cantidad y magnitud está claramente definida, premisa que no se cumple en el presente caso. Como consecuencia de lo expresado en el párrafo anterior ha originado que MAXOM S.A.C. suministre e instale una mayor cantidad de cable 1x300mm² N2XH para cumplir con las metas, asimismo es imprescindible para el buen funcionamiento técnico de las Instalaciones Eléctricas ya que es el Alimentador principal es para todo el Colegio.

Las deficiencias y contradicciones del Expediente Técnico con relación al cable N2XH se detalla en los folios 35, 36, 37 del Expediente de la Demanda Arbitral, asimismo la solución planteada por MAXOM S.A.C.

como es la utilización del cable unipolar 1X300MM2 N2XH, es la única viable y aceptada por la Entidad.

De acuerdo al Presupuesto Base (Folio 159 del Expediente de la Demanda Arbitral) partida 1.01. CONDUCTOR N2XH 3-lx300mm2 B.T. mi 405.

Lo cual equivale $3 \times 405\text{ml} = 1215\text{ml}$ de cable N2XH 1x300mm2

Se ha instalado de acuerdo a los guías del fabricante Conductores Eléctricos Lima S.A.

Guía N°083827 : 1018 ml de cable N2XH 1x300mm2

Guía N°083974 : 743ml de cable N2XH 1x300mm2

1761 ml de cable N2XH 1x300mm2

Diferencia:

Metrado instalado menos Metrado Presupuestado $1761 - 1215 = 546\text{ml}$.

De acuerdo a la partida 3.00 del presupuesto base (Folio 0159 del Expediente de la Demanda Arbitral) indica lo siguiente 3-lx300mm2 N2XH mi. S/.404.67.

En consecuencia el metro lineal de cable 1x300mm2 N2XH tiene un costo S/.134.89.

S/.134.89 x 546ml	=	S/. 73,649.99
Costo Directo		S/. 73,649.94
Gastos Generales (10%)		S/. 7,364.99
Utilidad (10%)		S/. 7,364.99
Costo Total		S/. 88,379.92
F.R. (0.9)		S/. 7,954.93
IGV (18%)		<u>S/. 14,317.55</u>
TOAL		<u>S/. 93,859.48</u>

Con referencia a la instalación de la bandeja eléctrica fue aprobada por el Inspector de obra se adjunta documento.

La solución planteada por el proyectista no era viable, los costos indicados de la Bandeja son los siguientes:

8 m, x S/.123.05	=	S/. 984.40
Costo Total		S/. 984.40
Gastos Generales (10%)		S/. 98.44
Utilidad (10%)		S/. 98.44
Costo Total		S/. 1,181.20
F. R. (0.9)		S/. 1,063.08
IGV (18%)		<u>S/. 191.35</u>
Total		<u>S/. 1,254.43</u>

Con referencia al suministro del Medidor Electrónico el costo estipulado en el presupuesto Base es de S/. 480.00 (Cuatrocientos Ochenta con

00/100 Nuevos Soles) el costo real facturado por Electrodunas (Folio N° 160 del Expediente de la Demanda Arbitral) S/. 1,200.00 la diferencia

	S/. 1,200.00
	-S/. 480.00
	S/. 720.00
<i>Gastos Generales (10%)</i>	S/. 72.00
<i>Utilidad (10%)</i>	S/. 72.00
 <i>Total Costo</i>	<u>S/. 864.00</u>
<i>FR. (0.9)</i>	<u>S/. 777.60</u>
<i>IGV (18%)</i>	<u>S/. 139.99</u>
 <i>Total</i>	<u>S/. 917.57</u>

Resumen de los Gastos Asumidos por MAXOM S.A.C. y no contemplados en el Expediente Técnico:

MONTO (S/.)	ESCRITO	FOLIOS
S/. 93,859.48	<i>Escrito N° 03</i>	(Folio 07)
S/. 1,254.43	<i>Escrito N° 03</i>	(Folio 07)
S/. 917.57	<i>Escrito N° 03</i>	(Folio 08)
S/. 2,500.00	<i>Escrito N° 05</i>	(Folio 02)
S/. 5,157.11	<i>Escrito N° 05</i>	(Folio 03)
S/. 4,500.00	<i>Escrito N° 06</i>	(Folio 08)

4.5.2. Posición de MINEDU:

- Al respecto el MINEDU es categórico que señalar que no existe obligación en reconocer a MAXOM por concepto de pago por los trabajos realizados correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto.
- Tampoco existe la posibilidad que LA ENTIDAD indemnice al CONTRATISTA por el referido concepto menos aún por un supuesto enriquecimiento sin causa, ello en atención a lo señalado en el Art. 1971º del Código Civil que establece que no existe responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho.
- Finalmente, se afirma que en este último supuesto no se ha precisado ni menos acreditado el quantum indemnizatorio.

4.5.3. Posición del Tribunal:

- a) El Contratista refiere haber realizado trabajos correspondientes al presupuesto de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto, las cuales según indica, deben serle pagadas a título de enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad.
- b) Al respecto, debe indicarse que conforme lo establece el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado: "*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes*"; es decir, que siempre que estemos frente a una cuestión controversial para las partes, procederá acudir a los mecanismos de solución de controversias regulados por la ley de la materia.
- c) En ese sentido, resulta menester tener presente la naturaleza del arbitraje, cual es la de constituir un mecanismo alterno de solución de controversias que por mandato normativo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento resulta ser el mecanismo obligado de solución de las mismas **ante el fracaso de cualquier fórmula amistosa de solución de controversias** contempladas por las formas autocompositivas de solución de conflictos.
- d) Así, si bien es cierto, la Ley de Contrataciones del Estado contempla la posibilidad del CONTRATISTA de acudir a la vía arbitral para exigir el pago de un concepto que considera le asiste, no es menos cierto que dicha norma no deriva de manera inmediata a determinar la existencia de dicho derecho mediante un arbitraje, toda vez que éste opera en la medida que no exista consenso o expectativas de solución amistosa entre las partes.
- e) Ello se respalda en el hecho que no puede compelirse al obligado a realizar un pago (el demandado) que por derecho podría corresponderle a un Contratista mediante un proceso arbitral sin que previamente se le haya brindado la oportunidad de reconocer tal derecho mediante trato directo entre las partes.
- f) Así, de lo ha manifestado por el propio CONTRATISTA tanto en sus escritos postulatorios como concreta y expresamente lo ha hecho en su escrito de alegatos, el pago que reclama se sustenta en los errores u omisiones del Expediente Técnico que fueron asumidos por el Contratista, los mismos que se tradujeron en el hecho que MAXOM S.A.C. se haya visto obligado a suministrar e instalar una mayor cantidad de cable 1x300mm² N2XH para

cumplir con las metas del proyecto. Sin embargo, no se advierte –*pues en autos no existe evidencia probatoria de ello*– que el Contratista de manera previa al inicio del presente proceso arbitral haya comunicado tal requerimiento a la Entidad, ni que ésta lo haya denegado en una etapa de trato directo, con lo cual, independientemente de la eventual acreditación de la existencia o no del derecho que invoca el Contratista, se advierte que en autos no se habría dado oportunidad a la Entidad de aceptar o denegar tal requerimiento a nivel pre-arbitral; es decir, que el pago a título de resarcimiento que ahora se pretende no fue requerido a la Entidad, previamente a promover el presente arbitraje.

- g) En ese sentido, la acción promovida –respecto de la pretensión que es materia de análisis– deviene en prematura por cuanto el Contratista MAXOM S.A.C. debió agotar previamente las etapas extraprocesales señaladas, comunicando a la Entidad la existencia de los sobrecostos que ahora reclama.
- h) En términos de derecho, resulta que la acción del Contratista MAXOM S.A.C. ha sido promovida por dicha parte con ausencia del interés para obrar que exige la tutela jurisdiccional para una debida atención heterocompositiva del conflicto que ha sometido a arbitraje, debiendo declararse por ende la improcedencia de la pretensión demandada.
- i) *Por lo que este Colegiado, concluye que debe declararse IMPROCEDENTE la cuarta pretensión principal de la demanda; y en consecuencia, se declara que previamente a establecer la responsabilidad por enriquecimiento sin causa derivada de los sobrecostos que se habrían generado al Contratista, éste deberá cumplir con efectuar los requerimientos previos antes señalados.*

4.6. **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL):** Determinar si corresponde o no que el Tribunal reconozca y ordene al MINEDU el pago por los daños y perjuicios por daño emergente, por el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y de materiales y gastos por pagos al personal administrativo y técnico; así como por las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías y que no habrían permitido la participación del CONTRATISTA en diversos procesos de selección.

4.6.1. Posición de MAXOM:

- Un resumen de los argumentos centrales que sustentan la sexta pretensión principal de MAXOM que será materia de análisis en este sexto punto controvertido, aparece claramente recogido en su informe final (numerales 6 al 9) presentado mediante escrito N° 09 el día 21 de octubre del 2014. Efectivamente, ahí se ha dicho que:

"6. Respecto a que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de arbitraje, tal y como lo estipula los Artículos 1969º y 1985º, del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

Sobre este punto controvertido a analizar es necesario tener presente que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321º del Código Civil señala lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos, todos estos criterios se cumplen en nuestro caso, pues existe un contrato válidamente celebrado. Asimismo, existe el incumplimiento por parte de la Entidad Contratante, al no amparar nuestras pretensiones de ampliación de plazo y el reconocimiento y pago de los presupuestos de partidas necesarias e imprescindibles para cumplir con las metas del proyecto que de no reconocerse y pagarse constituirían un enriquecimiento sin causa de la Entidad Contratante, en cuanto al nexo causal señalamos que, mi representada se vio perjudicada por el actuar de la Entidad Contratante,

7. Demora innecesaria en la solución de controversias y exceso en los plazos contractuales:

Sobre este punto, de acuerdo a lo que señalamos la Entidad Contratante nos ha producido un daño, el mismo que debería ser indemnizado de

acuerdo a lo señalado en los Artículos 1969º y 1985º del Código Civil, los cuales a la letra disponen lo siguiente: "Artículo 1969º Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

(...)

Artículo 1985º Contenido de la indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño."

En ese sentido, cumplimos con sustentar el daño causado, por cuanto adjuntamos los pagos a la entidad financiera el pago por renovación de carta fianza, que por la demora innecesaria en la solución de controversias no puede ser liberada.

8. Perjuicios causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje:

Sobre este punto cabe indicar que, debido a las diversas controversias que se generaron a raíz del Contrato de ejecución de la obra, estas han tenido que ser ventiladas mediante los mecanismos de conciliación y arbitraje.

En ese sentido, mi representada ha incurrido en el pago de los gastos arbitrales que amerita un proceso de arbitraje (honorarios profesionales de los árbitros y del secretario arbitral); que está demostrado con el pago de honorarios del Tribunal Arbitral y secretaria Arbitral.

9. Respecto a las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías, las mismas que no le permitirían participar en diversos procesos de selección similares:

Sobre este punto cabe indicar que mi representada mantiene vigente por más del tiempo previsto las garantías exigidas de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la suscripción del Contrato, las cuales nos han impedido participar en otros procesos de selección.

En ese sentido, la Entidad nos ha afectado al tener las garantías comprometidas por más del tiempo previsto.

En ese sentido solicitamos amparar nuestra pretensión."

4.6.2. Posición de MINEDU:

- Desconoce de manera categórica que MAXOM tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios, por los conceptos que aquí se reclaman, es decir, por el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de CONTRATO, adelanto directo y de materiales y gastos por pagos al personal administrativo y técnico; así como por las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías y que no habrían permitido la participación del CONTRATISTA en diversos procesos de selección.
- Destaca tanto en su contestación de demanda como en sus alegatos escritos, que dicho CONTRATISTA es el responsable de los gastos de renovación que acarree mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, pues señala que dicho reclamo no es materia arbitrable.
- Además se acota que el supuesto perjuicio ocasionado por los gastos asumidos por el pago de las empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, están directamente vinculados al reclamo de costas y costos del proceso que no sería tampoco materia arbitraje de conformidad con el Art. 69º y siguientes de la Ley de Arbitraje.

4.6.3. Posición del TRIBUNAL:

- a) Para este Tribunal es preciso en primer lugar establecer qué tipo de responsabilidad es la que habría incurrido MINEDU de acuerdo a los argumentos expuestos por EL DEMANDANTE. Así - en lo que a este caso concierne -, resultará claro establecer de lo antes indicado que el origen de la obligación que se considera incumplida, está representado como ya se dijo, en el mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de CONTRATO, adelanto directo y de materiales y gastos por pagos al personal administrativo y técnico; así como por las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías y que no habrían permitido la participación del CONTRATISTA en diversos procesos de selección, por lo que salvo aquella referida a gastos por pagos al personal administrativo y técnico (que corresponden más bien a una exigencia estrictamente legal), se tiene que todas ellas son de índole contractual, pues las mismas figuran recogidas de manera expresa en el CONTRATO.
- b) Por lo tanto, siguiendo esta vertiente y más precisamente en el ámbito de la acción indemnizatoria por inejecución de obligaciones, se tiene que el Artículo

1321º del Código Civil vigente (en adelante CC) impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, obligándolo al resarcimiento del daño en cuanto éste sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. De esta forma la ley exige como elemento de esta acción el nexo de causalidad que vincula la obligación no ejecutada con el daño que ésta inejecución haya producido. Así, el referido artículo establece lo siguiente:

“Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

- c) Para una mayor claridad sobre los alcances de la norma comentada, PAZOS HAYASHIDA, nos dice que:

“Conforme a lo establecido en el artículo bajo comentario, la regla es que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante (además del daño moral), en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución (independientemente de que sean previsibles o no). Así, la inejecución de la obligación puede generar una multiplicidad de daños, pero no todos serán resarcibles (y de éstos muchos menos serán resarcidos). Se excluye de esta forma la indemnización de los daños que sean consecuencia mediata (o en todo caso indirecta) de la inejecución, salvo que su indemnización haya sido pactada (...).

La regla anterior se aplica a los casos en que la inejecución sea generada mediante dolo o culpa inexcusable. Se distinguen así estos supuestos (de mala fe y negligencia gravísima que linda con lo primero) del supuesto de culpa leve.

Por su parte, si el sujeto actúa con culpa leve (en donde se considera que es más clara una actuación de buena fe), el legislador ha considerado que éste sólo responderá por los daños que sean también consecuencia inmediata y directa de la inejecución, pero sólo en la medida en que los mismos sean previstos o previsibles (...)¹⁰.”

- d) Además, en lo concerniente a la materia probatoria, nuestro derecho sustantivo exige además que para ejercer una acción indemnizatoria, el demandante debe probar el dolo o la culpa inexcusable con la que los demandados habrían actuado en la inejecución de la obligación, debiendo también probar los daños y perjuicios causados así como la cuantía de los daños de conformidad con los artículos 1330^o y 1331^o del CC aplicables por tratarse en este caso de obligaciones establecidas contractualmente. Dichos artículos estipulan:

“Artículo 1330: La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1331: La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

- e) Por lo tanto, de lo expuesto previamente se desprende que es requisito para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, el que haya un nexo causal entre la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y el daño que se alega. Lo que quiere decir entonces que en el caso particular que se está demandando, deberá probarse qué obligación no ha ejecutado MINEDU, o cumplido en forma total o parcial, tardía o defectuosamente y, asimismo, se deberá probar que éste fue el hecho generador del daño que señala haber sufrido EL CONTRATISTA, así como el quantum que deberá ser indemnizado a su favor.
- f) En ese sentido, para los efectos de determinar lo anterior, del caso de autos se advertirá los siguientes elementos exigidos expresamente por nuestras normas sustantivas: *i) El hecho generador del daño que alega EL CONTRATISTA haber sufrido por parte de MINEDU; (ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado MINEDU en*

¹⁰ PAZOS HAYASHIDA, JAVIER. EN “CÓDIGO CIVIL COMENTADO” por los 100 mejores especialistas. GACETA JURÍDICA. TOMO VI. Páginas 921 y 922.

los hechos que se le imputa MAXOM; (iii) Los daños y perjuicios sufridos; y (iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante y daño subjetivo). Por ende evaluaremos seguidamente, uno a uno, estos elementos:

(i) El hecho o hechos generadores del daño que alega EL DEMANDANTE padecer de parte de MINEDU:

De los antecedentes de la demanda arbitral y de las actuaciones probatorias desarrolladas a lo largo de este proceso, se puede determinar con nitidez que los hechos generadores del daño invocado por MAXOM sería el mayor tiempo incurrido en ventilar la presente controversia, lo que ha determinado que esta parte mantenga vigentes las cartas fianzas, de fiel cumplimiento de CONTRATO, adelanto directo y de materiales.

(ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habrían actuado MINEDU en los hechos que se le imputa:

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (*dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve*), es el que le imputa MAXOM al MTC, es preciso recordar que los Artículos 1318º al 1320º del CC los definen, respectivamente, de la siguiente manera:

“Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”

- Ahora bien, si nos remitimos a las conclusiones arribadas en los diversos puntos evaluados en el presente Punto Controvertido, se tendrá que el MINEDU no ha incurrido en ninguno de los tres (03) supuestos descritos, pues por el contrario, el hecho generador de

los supuestos daños que reclama MAXOM no serían tales en tanto se observa que en el fondo lo que se reclama es consecuencia directa de lo que establece de manera expresa el CONTRATO y la normativa particular existente en materia de contrataciones del Estado.

- Efectivamente, en cuanto al mayor costo de las cartas fianzas, de fiel cumplimiento, adelanto directo y de materiales, es preciso remitirnos a lo señalado en las Cláusulas Séptima a la Décima del CONTRATO, pues en ellas se regula lo concerniente a este tres (03) tipos de garantías

“CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍAS

EL CONTRATISTA entregó a la suscripción del contrato la respectiva garantía solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática a sólo requerimiento, a favor de LA ENTIDAD, por los conceptos, importes y vigencias siguientes: De fiel cumplimiento del contrato: S/. 39,770.41 (Treinta y Nueve Mil Setecientos Setenta con 41/100 Nuevos Soles), a través de la Carta Fianza N° 0011-0147-9800030010-67, del Banco Continental. Cantidad que es equivalente al diez por ciento (10) del monto del contrato original, la misma que deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final.

CLÁUSULA OCTAVA: EJECUCIÓN DE GARANTÍAS POR FALTA DE RENOVACIÓN

LA ENTIDAD está facultada para ejecutar las garantías cuando EL CONTRATISTA no cumpliera con renovarlas, conforme a lo dispuesto por el artículo 164º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CLÁUSULA NOVENA: ADELANTOS

LA ENTIDAD otorgará un adelanto directo por el 20 del monto del contrato original.

EL CONTRATISTA debe solicitar formalmente el adelanto dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la suscripción del contrato, adjuntando a su solicitud la garantía por adelanto mediante carta Fianza y el comprobante de pago correspondiente. LA ENTIDAD debe entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) más siguientes a la presentación de la solicitud de EL CONTRATISTA.

Vencido el plazo para solicitar el adelanto no procederá la solicitud.

En el supuesto que no se entregue el adelanto en la oportunidad prevista, EL CONTRATISTA tendrá derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de la obra por el número de días equivalente a la demora, conforme al artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

CLÁUSULA DÉCIMA: ADELANTO PARA MATERIALES O INSUMOS

LA ENTIDAD otorgará adelantos para materiales o insumos por un máximo del 40 del monto del contrato original.

La entrega de los adelantos se realizará en un plazo de ocho (8) días calendarios previos a la fecha prevista en el calendario de adquisición de materiales insumos para cada adquisición, con la finalidad que EL CONTRATISTA pueda disponer de los materiales o insumos en la oportunidad prevista en el calendario de avance de obra valorizado. Para tal efecto, EL CONTRATISTA deberá solicitar la entrega del adelanto en un plazo de siete (7) días calendarios anteriores al inicio del plazo antes mencionado, adjuntando a su solicitud la garantía por adelantos mediante Carta Fianza y el comprobante de pago respectivo.

La primera solicitud de El CONTRATISTA solo procederá una vez iniciada la ejecución de la obra. No procederá la entrega de los adelantos cuando las solicitudes sean realizadas con posterioridad a la fecha prevista para cada adquisición en el calendario de adquisición de materiales o insumos.

En el supuesto que no se entreguen los adelantos en la oportunidad prevista, EL CONTRATISTA tendrá derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de prestación por el número de días equivalente a la demora, conforme al artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

Es de agregar que en cuanto a la vigencia de estas garantías el REGLAMENTO ha señalado en sus Artículos 158º (primer párrafo) y 162º, lo siguiente:

*"Artículo 158º.- Garantía de fiel cumplimiento
Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y*

tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y ejecución y consultoría de obras.

(...)" (El subrayado es del Tribunal).

"Artículo 162º.- Garantía por adelantos

La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo."

(El subrayado es del Tribunal).

- Por último, precisando cuando opera la devolución de la Garantía por Adelantos según lo señalado en el Art. 162º del REGLAMENTO, conviene citar la *Opinión del OSCE N° 053-2010/DTN de fecha 20 de agosto del 2010*, que sobre dicho particular ha dicho:

"De acuerdo con el artículo citado, la garantía por adelantos debe ser emitida por un monto equivalente al monto del adelanto entregado al contratista, con una vigencia mínima de tres (3) meses, y debe ser renovada trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto.

De ello se desprende que la devolución de la garantía por adelantos está directamente relacionada con la amortización del adelanto entregado, es decir, que la garantía por adelantos será devuelta al contratista una vez que este haya amortizado el adelanto recibido.

“Esto se condice con la finalidad de la garantía por adelantos que, como se ha señalado en el punto anterior, es garantizar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista.”

- De manera que tratándose de la Garantía de Fiel Cumplimiento, este Colegiado no advierte de los actuados arbitrales la existencia de una liquidación final del CONTRATO, ni menos aún que ésta liquidación haya quedado consentida. Es más, se colige esta situación por el hecho de que el propio CONTRATISTA reconocer en el punto N° 2 de su escrito N° 05 de fecha 12 de junio del 2014) que no ha sido ella la que dilatado la Liquidación del Contrato, pues recién con el Acta de Recepción de la Obra de fecha 26 de mayo del 2014 que adjunta como Anexo K, se tuvo por levantadas todas las observaciones.
- Por lo tanto, la exigencia que pesa sobre MAXOM para mantener vigente esta primera Carta Fianza, es únicamente de su cuenta y riesgo, no pudiendo en consecuencia imputarle al MINEDU, dolo, culpa inexcusable o incluso culpa leve, por una obligación que es de propio cargo.
- Asimismo, similar conclusión deberá arribar este Colegiado respecto de las garantías por “Adelantos” y “Adelanto para Materiales o Insumos”, habida cuenta que respecto de ellas, LA ENTIDAD ha sido categórica en afirmar que las Cartas Fianzas que las contienen ya han sido devueltas a MAXOM el día 31 de octubre del 2013. En efecto, para ello este Tribunal recoge la afirmación hecha por el MINEDU en el literal C de su escrito S/N° de fecha 21 de octubre del 2014, pues ahí se ha indicado textualmente lo siguiente:

“3.- Pago de comisiones por renovación de carta fianza de Adelanto Directo y adelanto de materiales.

Con Oficio N° 9601-2013-MINEDU/VMGI-OINFE del 28.10.14, en razón de haberse amortizado el 100% del adelanto directo, se devolvió al contratista la carta fianza renovada hasta el 12.12.13 que pretendió presentar con su carta C. 298-2013-MCG del 18.10.113, no obstante que con la carta C. 287-2013-MCG del 11.10.13, había solicitado la devolución de las cartas fianzas por adelanto

directo y materiales, por la misma razón, solicitud que fue canalizada hacia la Unidad de Administración Financiera, a través del Memorándum N° 5788-2013-MINEDU/VMGI-OINFE del 10.10.13. Las cartas fianzas de adelanto directo y materiales les fueron devueltas el 31 de octubre del 2013, según reporte del SINAD 173750-2013.” (El subrayado es del colegiado).

- Finalmente, estando a las dos (02) conclusiones anteriores, resulta lógico también colegir que en lo que concierne a las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las tres (03) garantías pactadas en el CONTRATO, tampoco respecto de ella puede sostenerse la existencia de un accionar doloso o culposo por parte del MINEDU que sustente válidamente encontrarnos frente un hecho generador dañoso en contra de MAXOM.
- De ahí que la conclusión final en relación a este segundo requisito de responsabilidad contractual, es que no se verifica objetivamente la configuración de ningún accionar doloso o culposo incurrido por EL DEMANDADO.

(iii, iv y v) Los daños y perjuicios sufridos por EL CONTRATISTA; Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el supuesto daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados.

- Al haberse determinado en el análisis del ítem anterior (ii) que no existe evidencia alguna de que el MINEDU ha actuado en contra de MAXOM con dolo, culpa inexcusable o culpa leve, y que por ende no es posible vincular alguna de sus acciones con los supuestos hechos generadores de los daños y perjuicios reclamados por éste, tal hecho finalmente nos permite colegir que tampoco puede establecerse objetivamente que se haya producido algún daño real y cierto en contra del DEMANDANTE; no configurándose tampoco este tercer supuesto.
- De igual modo, de lo anterior se sigue que no se ha podido determinar el nexo de causalidad entre los supuestos hechos generadores de daños invocados por MAXOM con los daños que le atribuye al MINEDU,

al igual que mucho menos se ha podido observar la cuantificación de la indemnización que a título de daño emergente se está pretendiendo.

g) *En suma, por todo lo anterior este Tribunal concluye que debe declararse INFUNDADA la Séptima Pretensión Arbitral que guarda relación con el Sexto Punto Controvertido, pues no se ha verificado la existencia de todos los requisitos para que opere una indemnización como la que aquí pretende EL CONTRATISTA.*

4.7. **SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO (EN RELACIÓN A LA SEXTA PRETENSION PRINCIPAL):** Determinar si corresponde o no la obligación por parte del MINEDU, de dar una suma de dinero (pago), por concepto de costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso); honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría, derivados del presente proceso, más los intereses correspondiente, hasta la fecha de su cancelación.

- a) Para finalizar, respecto de este sexto punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en la normas de la materia, el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo – entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- b) Asimismo, debe tener presente que en el Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del secretario arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.
- c) Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “costos del arbitraje” (entendido éste como lo define el Art. 70º de la LA¹¹), a este Colegiado le corresponde

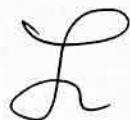
¹¹ “Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. *Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. *Los gastos administrativos de la institución arbitral.*

establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

- d) Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que ambas se han comportado adecuadamente en el decurso de su tramitación, mientras que respecto a la incertidumbre jurídica que las llevó a seguir el presente proceso arbitral, este Colegiado estima que la misma sí existió.
- e) **En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, este Colegiado estima que tanto MAXOM como MINEDU sí tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas en el pago de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, al igual que los gastos razonables incurridos por ellas para su defensa en el presente arbitraje, correspondiendo asumirla en un 50% cada una.**
- f) En cuanto a lo segundo, en atención al primer anticipo de honorarios arbitrales fijado en el numeral 53) del Acta de Instalación y el segundo anticipo establecido por medio de la Resolución N° 19 de fecha 18 de julio del 2014; este Colegiado fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 6,804.00 Nuevos Soles netos para cada árbitro y S/. 3,320.00 Nuevos Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad.
- g) Finalmente, este Colegiado precisa que habiendo MAXOM asumido íntegramente vía subrogación el pago del segundo anticipo que le corresponde al DEMANDADO, ante la renuencia de éste para asumir dicho pago, se dispone el MINEDU cumpla con reembolsarle a MAXOM la suma de **S/. 5,250.00 Nuevos Soles.**



d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”



h) En conclusión, en relación a este Séptimo punto controvertido este Tribunal Arbitral resuelve en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad - Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje y, disponiéndose además que el MINEDU cumpla con reembolsarle a MAXOM la suma de S/. 5,250.00 Nuevos Soles, por haber asumido éste, el pago oportuno del segundo anticipo que le correspondía a aquél.

El presente Laudo es definitivo e inapelable.

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo:

PRIMERO.- Con respecto al Primer Punto Controvertido que corresponden a la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara INFUNDADO; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO.- Con respecto al Segundo Punto Controvertido que corresponde a la Segunda Pretensión Principal demandada: Se declara INFUNDADO; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

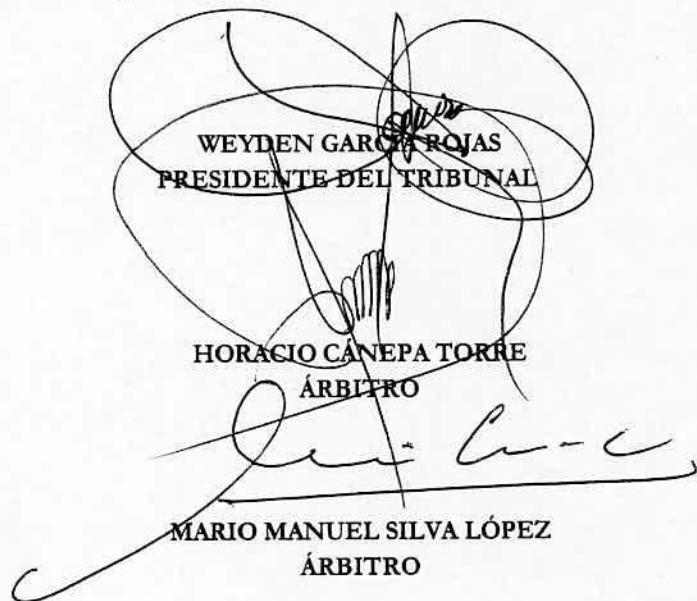
TERCERO.- Con respecto al Tercer Punto Controvertido que corresponde a la Tercera Pretensión Principal: Se declara INFUNDADO, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

CUARTO.- Con respecto al Cuarto Punto Controvertido que corresponde a la Pretensión Subordinada a la Primera, Segunda o Tercera Pretensión Principal: Se declara FUNDADO, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

QUINTO.- Con respecto al Quinto Punto Controvertido que corresponde a la Cuarta Pretensión Principal: Se declara IMPROCEDENTE; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEXTO.- Con respecto al Sexto Punto Controvertido que corresponde a la Séptima Pretensión Principal: Se declara INFUNDADO, conforme a lo resuelto en el presente Laudo.

SÉPTIMO.- Con respecto al Séptimo Punto Controvertido que corresponde a la Sexta Pretensión Principal: condenar a ambas partes en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje y, disponiéndose además que el MINEDU cumpla con reembolsarle a MAXOM la suma de S/. 5,250.00 Nuevos Soles, por haber asumido éste, el pago oportuno del segundo anticipo que le correspondía a aquél.



WEYDEN GARCIA ROJAS
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

HORACIO CANEPA TORRE
ÁRBITRO

MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
ÁRBITRO



JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO