

Expediente Nº 407- 86- 13

**LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** JJC Contratistas Generales S.A. (en adelante JJC, el demandante o el Contratista)

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

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Fernando Cauvi Abadía

Jorge Rengifo Herrera

Alejandro Álvarez Pedroza

**SECRETARIA**

**ARBITRAL:** Silvia Rodríguez Vásquez

## Resolución N° 20

En Lima, a los 22 días del mes de enero del año dos mil quince, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

### **I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral**

#### **1.1 El Convenio Arbitral:**

Está contenido en la Cláusula Trigésimo Quinta del Contrato de Ejecución de Obra N° 049- 2012-MTC/20 de fecha 28/06/12 (en adelante, el Contrato) para la Obra “Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Ayacucho - Abancay Tramo Km. 98+800 - Km.154+000”, en el cual las partes acordaron que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, su modificatoria Ley N° 29622, publicada el 07/12/10, y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

#### **1.2 Instalación de Tribunal Arbitral:**

Con fecha 22/01/14 se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por el doctor Fernando Cauvi Abadía, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral y los doctores Jorge Rengifo Herrera y Alejandro Álvarez Pedroza en su calidad de árbitros; con la asistencia de ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.

### **II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:**

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante el REGLAMENTO), La Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA).

Asimismo, se estableció que en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolvería en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

### **III. De la Demanda Arbitral presentada por JJC con fecha 18/02/14:**

3.1 Mediante escrito de fecha 18/02/14, JJC presentó su demanda arbitral contra PROVÍAS NACIONAL.

3.2 A través de las pretensiones contenidas en su demanda, JJC solicita lo siguiente:

(a) **Primera pretensión principal:** Que, se reconozca y ordene pagar el íntegro de los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, los cuales ascienden a la suma neta de S/.3'641,188.80 más el I.G.V., monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y, por su mérito, dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución antes citada, en el extremo en donde no se reconoce a JJC los gastos generales de la prórroga concedida.

(b) **Segunda pretensión principal:** Que, se condene a PROVÍAS NACIONAL al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.

3.3 Respecto a la primera pretensión principal, el demandante precisa que, el gasto general diario del contrato asciende a la suma neta de S/. 37,929.05 sin IGV, por lo que, se tiene que por los 96 días de ampliación de plazo derivados de su novena solicitud de ampliación de plazo, se obtiene por concepto de gastos generales, la suma neta de S/. 3'641,188.80. En todo caso, indica que el Tribunal deberá tener en cuenta que el gasto general diario antes mencionado, se obtuvo luego de dividir el gasto general variable previsto en su oferta económica, ascendente a la suma de S/.20'481,685.07 entre el plazo de ejecución de obra pactado en el contrato, ascendente a 540 días calendario; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 203º del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

3.4 Como fundamentos que sustentan la primera pretensión principal, JJC manifiesta que con relación a los gastos generales variables que son objeto de la presente controversia, el Tribunal Arbitral podrá

apreciar que de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 202º del Reglamento se tiene que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario.

- 3.5 En atención a ello, el demandante considera que resulta siendo legalmente oponible a la Entidad el asumir los mayores gastos generales variables diarios derivados de la extensión del plazo contractual ocasionado como consecuencia de su novena solicitud de ampliación de plazo; siendo que el costo que asume el gasto general variable diario del presente contrato, asciende, por mandato expreso de la Ley, a la suma neta de S/.37,929.05, sin considerar reajustes ni el IGV.
- 3.6 No obstante lo antes señalado, JJJC considera que resulta técnicamente pertinente precisar que de acuerdo a lo establecido por PROVÍAS NACIONAL en el artículo primero de la Resolución N° 522-2013-MTC/20, se tiene que la novena ampliación de plazo no conllevaría el reconocimiento y pago de mayores gastos generales, en virtud a que según el demandado la causal que sustenta la referida prórroga, esto es la ejecución del Presupuesto Adicional N° 07, cuenta con un presupuesto específico que, en apreciación de ésta, impediría conceder los gastos generales que son demandados en el presente arbitraje.
- 3.7 JJJC indica que no comparte dicha posición en atención a que considera que la misma deriva de una apreciación técnicamente incorrecta, por cuanto la programación de los trabajos constructivos que -en sentido estricto- corresponden al adicional N° 07, no han sido previstos ni programados que sean ejecutados dentro del período ampliado del contrato derivado de la prórroga que se le ha sido concedida a través de la Resolución N° 522-2013-MTC/20; siendo ello así, alega que la Entidad no puede sostener de forma válida que la prórroga antes mencionada no conlleva el reconocimiento y pago de los gastos generales reclamados como consecuencia de su novena solicitud de ampliación de plazo.
- 3.8 Señala todo ello en la medida que en el período ampliado ocasionado por la causal que sustenta la referida prórroga, el cual asciende a 96 días calendario, estaba programado que se ejecuten partidas que eran propias del contrato principal y no del adicional que motivó la prórroga de plazo antes mencionada; de forma tal que los gastos generales que se encuentran incluidos en el referido adicional,

además de ser propios e inherentes a dicho adicional, no pueden ser considerados como asignados al período ampliado del contrato derivado de la novena solicitud de prórroga que le fue concedido por la Entidad.

- 3.9 Respecto a lo anterior, JJC señala que el Tribunal Arbitral deberá tener presente lo dispuesto por el último párrafo del artículo 203° del Reglamento, que establece que en el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarían considerando lo necesario para su ejecución. Señala que los gastos generales incluidos en el presupuesto adicional N° 07, son propios e inherentes para la ejecución de dicho adicional, no pudiéndose confundir éstos gastos generales con aquellos que corresponden a los gastos generales del contrato, los cuales se encuentran en función directa al plazo que asume la ejecución de la obra, de conformidad con lo dispuesto en el Numeral 29 del Anexo de Definiciones del Reglamento.
- 3.10 En ese orden de ideas, el demandante considera pertinente que el Tribunal Arbitral debería apreciar el hecho que si bien el adicional antes mencionado afectó la ruta crítica de la obra conllevando una ampliación del plazo contractual por 96 días, dicha afectación ocasionó que la ejecución de actividades constructivas correspondientes a Partidas pertenecientes a la obra principal, se desplacen al período ampliado antes referido; siendo que la programación de los trabajos relacionados con el adicional N° 07 habían sido previstos llevarse a cabo inmediatamente después de su aprobación por parte de la Entidad y dentro del plazo inicialmente pactado en el contrato.
- 3.11 Al respecto, JCC señala que el plazo de ejecución del adicional N° 07, previsto en el expediente de aprobación por parte del demandado, estableció que el mismo ascienda a 140 días calendario. En ese sentido, si el adicional estuvo en condiciones de ser legalmente ejecutado a partir del día siguiente de su aprobación, acontecido el 24 de mayo del 2013, los 140 días antes mencionados vencían aproximadamente durante el mes de Octubre del 2013, esto es, dentro del plazo que fue inicialmente previsto en el contrato y no dentro del período ampliado ocasionado por su novena solicitud de prórroga, prórroga que determinó que el plazo contractual se extendiera del 20/01/14 al 26/04/14, según se podrá constatar del contenido de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, a través del cual la Entidad le concedió 96 días calendario de ampliación de

plazo y cuyos gastos generales es materia de la presente controversia.

- 3.12 El demandante indica que el Tribunal Arbitral podrá advertir que si bien el Presupuesto Adicional N° 07, generó una extensión del plazo contractual ascendente a 96 días calendario, ello no implica que se encuentre dentro del supuesto previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 202º del Reglamento, puesto que considera que el mismo es solo de aplicación por ser una norma de excepción, solo y únicamente en el caso que se cumplan con las dos condiciones técnicas que son: en primer lugar, que el adicional que ocasiona la ampliación se ejecute dentro del período ampliado que esta misma genera como prórroga de plazo; y, en segundo lugar, que dicho adicional sea el único proceso constructivo que se ejecute dentro del período ampliado, situación que alega no ha acontecido en la presente controversia, en la medida que dentro del período ampliado solo ha sido programado la ejecución de partidas correspondientes a la obra principal.
- 3.13 En efecto, JJC considera que cuando la última parte del primer párrafo del artículo 202º del Reglamento, establece salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos, dicha norma está haciendo solo referencia a las ampliaciones de plazo que ocasionadas por la ejecución de un adicional, la programación de su ejecución se efectúa también dentro del referido plazo ampliado y dentro del cual, además, solo se ejecuta única y exclusivamente dicho adicional.
- 3.14 Por tanto, el demandante considera que pretender aplicar literalmente el referido enunciado normativo, sin advertir la distinción antes mencionada, conlleva necesariamente a perpetuar la arbitrariedad consistente en que no se reconozca gastos generales al período ampliado; no obstante, que toda prórroga conlleva dicho derecho precisamente para salvaguardar y tutelar el equilibrio económico del contrato.
- 3.15 Alega, además que esta negativa ocasiona que sea la Entidad quien de forma irregular e indebida soporte y asuma los gastos generales del período ampliado, a pesar que ésta no es la responsable que ocasionó la mayor extensión del plazo contractual derivada de la ampliación de plazo N° 09, dentro del cual se ha programado la ejecución de partidas pertenecientes al contrato principal y no del adicional; siendo que el desplazamiento al período ampliado de la ejecución de las partidas correspondientes al contrato principal se

debió exclusivamente a deficiencias del expediente técnico que obligaron a la Entidad a aprobar el adicional N° 07, cuyo efecto técnico sobre el CAO que rige el contrato ocasionó que las partidas del contrato principal se desplazaran al período ampliado como consecuencia directa de la aprobación y ejecución del adicional antes citado.

- 3.16 Asimismo, precisa que no reconocer los gastos generales variables a dicho período ampliado lesiona e infringe el principio sustancial del equilibrio económico del contrato, pues es a través de dichos gastos generales, como el Contratista logra compensar económicamente el mayor tiempo de ejecución que asume el plazo del contrato, por causas que no les son a ésta imputable, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 29 del Anexo de Definiciones del Reglamento, el cual establece que el pago de los gastos generales variables del contrato, se encuentran exclusivamente en función directa al plazo de ejecución que asume la obra, precisamente para mantener y salvaguardar el equilibrio económico del contrato.
- 3.17 Así, JCC sostiene que dado que en la presente controversia el adicional N° 07 no se está ejecutando dentro del período ampliado del plazo del contrato, lo prescrito en la referida norma no es de aplicación, salvo que se pretenda contrariar la razonabilidad técnica y legal de la norma en mención, situación que entiende sería arbitraria.
- 3.18 En atención a las consideraciones antes expuestas, JJC indica que el Tribunal Arbitral deberá tener presente que si bien el referido adicional incidió y afectó la ruta crítica de la obra, conllevando una extensión del plazo contractual ascendente a 96 días calendario, ello a su vez determinó que diversas actividades constructivas correspondientes a Partidas que pertenecen a la obra principal se desplazaran al período ampliado, en tanto que la ejecución del referido adicional ha sido técnicamente programada dentro del plazo contractual.
- 3.19 En virtud a ello, el demandante considera que lo dispuesto en la parte final del primer párrafo del artículo 202° del Reglamento es legalmente inaplicable a la presente controversia, no pudiendo entonces la Entidad oponer su aplicación por las razones que han sido antes señaladas; siendo válido que se les reconozca el íntegro de los gastos generales variables diarios del contrato por el período ampliado derivado de su novena solicitud de ampliación de plazo, el cual ha incidido sobre el plazo contractual.

- 3.20 En tal sentido, se considera que resulta legalmente pertinente que el Tribunal aprecie la diferencia técnica y legalmente existente entre los gastos generales del contrato y los gastos generales de un adicional; siendo que en el primero de los mencionados, se trata de aquel gasto general que se aplica cuando el plazo del contrato es afectado por una prórroga, en cuyo caso, cada día de ampliación conlleva el reconocimiento y pago de gastos generales diarios del contrato, pues, es el contrato el afectado.
- 3.21 Por otro lado, a diferencia del gasto general del contrato, el demandante indica que el gasto general del adicional solo cuantifica aquellos gastos generales que son inherentes y exclusivamente necesarios para la ejecución del referido adicional, mas no tiene en cuenta aquellos gastos generales del contrato que son necesarios incurrir por el período ampliado del que es posible el contrato, dentro del cual se ejecuta partidas del contrato principal.
- 3.22 De otro lado, JJC considera que la posición expuesta por el demandado solo sería válida en el supuesto que el adicional N° 07, que es la causal que ha sustentado la prórroga antes citada, se ejecutara dentro del período ampliado que se deriva de la novena solicitud de prórroga que fue concedida por la Entidad; situación que conforme es de conocimiento de ésta no corresponde a la presente controversia, por las razones que han sido señaladas.
- ~~3.23~~ JJC señala que se debe anotar que los gastos generales contenidos en el presupuesto adicional N° 07, no cubren ni compensan los gastos generales variables que son propios del período ampliado ocasionado como consecuencia de la prórroga de plazo derivado del adicional antes citado. Todo ello en la medida que por un lado, aquellos son inherentes, propios y exclusivos del aludido adicional y, por tanto, son totalmente ajenos a los gastos generales variables del contrato principal; y, por otro lado, porque el referido adicional no se ejecuta dentro del período ampliado que ésta misma ocasiona sobre el plazo de ejecución del contrato.
- 3.24 Por todo ello, el demandante considera que no reconocer al período ampliado gastos generales conllevaría a que se perpetúe en perjuicio del Contratista un desequilibrio económico del contrato; por lo que solicita admitir la demanda a efectos que luego de evaluarse la validez de los argumentos que a la misma la sustentan, procedan a amparar el íntegro de sus pretensiones, de modo que las mismas se declaren fundadas.

3.25 Mediante Resolución N° 1 de fecha 20/02/14 se admitió a trámite la demanda arbitral.

**IV. De la Contestación a la demanda presentada por PROVÍAS NACIONAL de fecha 25/03/14:**

- 4.1 Mediante escrito de fecha 25/03/14, PROVÍAS NACIONAL presentó su contestación a la demanda arbitral presentada por JJC.
- 4.2 Como antecedentes el demandado señala que con fecha 28/06/12 se firmó el Contrato de Obra N° 049-2012-MTC/20 con la empresa JJC CONTRATISTAS GENERALES S.A., para la ejecución de la obra: "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Ayacucho - Abancay, Tramo III: Km. 98+800 - Km. 154+000" por la suma de S/. 181'960,990.23 incluido el IGV, y un plazo de 540 días calendarios.
- 4.3 El 12/07/12 se realizó la Entrega de Terreno al Contratista, lo que determinó que la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra sea a partir del 13/07/12, al haberse cumplido con lo indicado en el Artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.4 Asimismo, indica que mediante Resolución Ministerial N° 290-2013-MTC/02 de fecha 24/05/13, la Entidad aprueba el presupuesto de la Prestación Adicional de Obra N° 07 por un monto de S/. 20'840,890.17 incluido IGV, así como el Deductivo Vinculante N° 03 por S/. 9'882,792.03 incluido IGV.
- 4.5 Mediante Carta N° JJC/107-0486/2013 de fecha 08/06/2013 y recibida por el Supervisor el mismo día, el Contratista presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 por 96 días calendarios, por la ejecución del Adicional de Obra N° 07.
- 4.6 Mediante Carta N° 797-2013/HOB-1206-S/JS de fecha 13/06/13 y recibida por la Entidad el 17/06/13, el Supervisor presenta el expediente de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 del Contratista.
- 4.7 Mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13, la Entidad aprueba la Ampliación de Plazo N° 09 por 96 días calendarios, sin reconocimiento de mayores gastos generales variables.

- 4.8 Como fundamentos de hecho y derecho contra la pretensión planteada por el demandante, PROVIAS NACIONAL manifiesta que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 207º del Reglamento y dentro de los plazos establecidos, la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 290-2013-MTC/02 de fecha 24/05/13, aprobó el presupuesto de la Prestación Adicional de Obra N° 07 por un monto de S/. 20'840,890.17 incluido IGV, así como el Deductivo Vinculante N° 03 por S/. 9'882,792.03 incluido IGV. Para mayor detalle adjunta un cuadro consignado en la página 3 de su escrito de contestación de demanda arbitral.
- 4.9 Alega que de dicho cuadro se puede apreciar, por concepto de gastos generales variables, que la Entidad aprobó S/. 1'801,696.30 del Adicional N° 07 menos S/. 596,606.75 del Deductivo N° 03, cuya diferencia dio como resultado un monto de S/. 1'205,089.55.
- 4.10 En ese orden y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 200º numeral 4) del Reglamento, PROVIAS NACIONAL indica que el Contratista solicitó la Ampliación de Plazo N° 09 por noventa y seis (96) días calendarios por la aprobación de la Prestación Adicional de Obra N° 07 y el correspondiente Deductivo Vinculante N° 03, siendo tramitado de acuerdo al procedimiento indicado en el Artículo 201º del Reglamento y finalmente aprobado por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13.
- 4.11 Señala que la Ampliación de Plazo N° 09 por noventa y seis (96) días calendarios fue aprobada por la Entidad sin reconocimiento de mayores gastos generales variables, en virtud de lo indicado en el primer párrafo del Artículo 202º del Reglamento, donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obras darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gastos general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.
- 4.12 En consecuencia, el demandando indica que habiendo el Contratista solicitado la Ampliación de Plazo N° 09 para la ejecución de los trabajos de la Prestación Adicional de Obra N° 07, no correspondía reconocer mayores gastos generales variables, debido a que el presupuesto de la referida prestación adicional cuenta con sus propios gastos generales variables; en atención a lo dispuesto Artículo 202º del Reglamento cuya norma es de orden público.

- 4.13 PROVÍAS NACIONAL rechaza lo señalado por el Contratista en el numeral 1.2) de su demanda respecto de que la apreciación de la Entidad de no conceder gastos generales variables en la Ampliación de Plazo N° 09 es técnicamente incorrecta alegando que la programación de los trabajos constructivos que - en sentido estricto - corresponden al adicional N° 07, no habían sido previstos ni programados que sean ejecutados dentro del período ampliado del contrato derivado de la prórroga que se les había sido concedida a través de la Resolución N° 522-2013-MTC/20.
- 4.14 Asimismo, indica que el demandante sostiene que si bien el adicional antes mencionado, afectó la ruta crítica de la obra conllevando una ampliación de plazo contractual de noventa y seis (96) días calendarios, dicha afectación ocasionó que la ejecución de actividades constructivas correspondientes a partidas pertenecientes a la obra principal, se desplacen al período ampliado antes referido, siendo que la programación de los trabajos relacionados con el adicional N° 07 habían sido previstos llevarse a cabo inmediatamente después de su aprobación por parte del Contratante y dentro del plazo inicialmente pactado en el contrato.
- 4.15 Al respecto, PROVÍAS NACIONAL considera que deben hacerse ciertas aclaraciones. Primero, alega que el Contratista trata de confundir al Tribunal Arbitral, pues hace una interpretación conveniente a sus intereses respecto a la modificación del Calendario de Obra vigente (CAO) por la aprobación del Ampliación de Plazo N° 09 para la ejecución del Adicional de Obra N° 07, cuando pretende hacer creer que los trabajos del adicional aprobado no se ejecutan dentro del período ampliado.
- 4.16 Segundo, indica que el Tribunal debe tener muy claro que lo técnicamente correcto cuando se aprueba una ampliación de plazo para la ejecución de un adicional de obra, es insertar las partidas del adicional en el CAO en la oportunidad en que es aprobado el adicional de obra; es decir indica que en el presente caso, si el Adicional de Obra N° 07 fue aprobado con fecha 24/05/13, entonces lo que correspondía hacer era que en esa misma fecha se inserte en el CAO vigente las partidas de dicho adicional con los metrados aprobados, incluyendo el efecto del deductivo vinculante, a fin de ver el efecto final en la ruta crítica y cómo ese efecto hace que la fecha de término de obra vigente se desplace a una nueva fecha; siendo el efecto final en este caso de noventa y seis (96) días calendarios.

- 4.17 Tercero, el demandando indica que no es cierto lo afirmado por el Contratista, en el sentido de que el desplazamiento que experimenta la fecha de término vigente en noventa y seis (96) días calendarios, era el plazo ampliado durante el cual debieran ejecutarse los trabajos del Adicional de Obra N° 07. Así, reitera que lo técnicamente correcto era "insertar" en el CAO vigente las actividades del adicional aprobado considerando la oportunidad en que dicho adicional era ejecutado, con el objeto de programar y reflejar en el CAO los trabajos que realmente se ejecutarían en obra.
- 4.18 Cuarto, el demandado señala que lo expresado por el Contratista en el numeral 1.4) de su demanda es una interpretación antojadiza, ya que habla de una norma de excepción, añadiendo que solamente es aplicable cuando se dan dos condiciones técnicas, condiciones que en ninguna parte de la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento y sus modificatorias se mencionan. Añade que del Artículo 5° de la Ley se precisa este orden de prelación en la aplicación del derecho, indicándose que esta disposición es de orden público e insoslayable, cuya inobservancia es hasta causal de anulación de laudo.
- 4.19 Quinto, el demandando indica que en ese sentido, el Contratista no puede pretender interpretar la Ley a su conveniencia o intereses. Así, señala que al momento de calcular el monto de los mayores gastos generales variables generados por la Ampliación de Plazo N° 09 se ciñe a lo dispuesto en el Artículo 203° del Reglamento y en cuanto al Artículo 202° el demandante indica que es una norma de excepción, la misma que solo se cumple bajo dos condiciones. Al respecto, PROVÍAS NACIONAL precisa que la norma no puede ser interpretada a modo particular o por conveniencia como en este caso, sino que la interpretación de la norma se realiza en un sentido estricto, más aun cuando dicha norma es de orden público y su inobservancia traería a colación la nulidad de todo lo actuado.
- 4.20 Sexto, el demandado alega que el Contratista no puede ni presumir que existe un desequilibrio económico en su contra dentro de la ejecución de la Obra, puesto que se han otorgado las ampliaciones de plazo y adicionales de Obra de acuerdo a ley; además señala que se debe tener en cuenta que la Obra se encuentra en vía de ejecución.
- 4.21 Sobre las deficiencias en el expediente técnico, las mismas que han generado aprobar los Adicionales de Obra, PROVÍAS NACIONAL considera necesario aclarar que la etapa del proceso de selección,

donde se puede reclamar las deficiencias que contendría el Expediente Técnico, se realizan en la etapa de observaciones de los procesos de selección. Al respecto, indica que en dicha etapa los participantes pueden presentar a través de sus ingenieros consultas sobre el Expediente Técnico o solicitar algún cambio en las Bases del concurso, de no estar de acuerdo con esta. Así, indica que luego, de efectuar la observación correspondiente y no ser acogida por el Comité Especial a cargo del proceso, esta puede ser elevada al OSCE para su pronunciamiento. Posteriormente, indica que la última etapa, y una de las más importantes, es la Integración de las Bases, que se da una vez absueltas todas las consultas presentadas, o de ser el caso emitido el pronunciamiento del OSCE. Luego las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular, según lo indicado en el Artículo 59º del RLCE aprobado con el DS. N° 184-2008-EF.

- 4.22 La Entidad señala que dicha situación parece ser desconocida por el Contratista y espera que quede claro que en ese orden es que la Entidad de acuerdo a ley también aprobó los Adicionales de Obra y Ampliaciones de Plazo debido a los hechos que se suscitaron luego de la firma del contrato y que la Entidad no desconoce; muy por el contrario menciona que procedió a efectuar las gestiones pertinentes; a fin de no afectar la estructura económica del Contratista.
- 4.23 Séptimo, el demandando indica que el Contratista no puede pretender que se le reconozca los gastos generales variables por S/. 3'641,188.80 más IGV, monto calculado a partir del gastos generales variables - equivalente a S/. 37,929.05 - multiplicado por los noventa y seis (96) días calendarios de la ampliación de plazo N° 09. Precisa que la Entidad aprobó dentro del presupuesto del Adicional de Obra N° 07 un gasto general variable de S/. 1'801,696.30, monto que señala la Entidad ya ha venido pagando en las correspondientes valorizaciones de obra de dicho adicional; por lo tanto, indica que se observa que el Contratista pretende cobrar nuevamente por un concepto reconocido por la Entidad y que viene siendo pagado puntualmente.
- 4.24 En conclusión, PROVÍAS NACIONAL se ratifica en que no existe sustento técnico ni legal para reconocer mayores gastos generales variables más allá de los aprobados en el Adicional de Obra N° 07.

- 4.25 Como aspectos que deben ser evaluados por el Tribunal Arbitral, la Entidad menciona que se trata de la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios, aprobada por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 997-2013-MTC/20 de fecha 04/10/13. Dicha ampliación se deriva de la aprobación del Adicional de Obra N° 09 por S/. 11'283,006.49 incluido IGV y del Deductivo Vinculante N° 05 por S/. 8'740,920.62 incluido IGV, aprobado por la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 542-2013-MTC/02 de fecha 06/09/13; situación similar a la pretendida en el presente arbitraje. Solicita que se vea los hechos acontecidos y la estrecha similitud que guarda con la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09, puesto que se han llevado a cabo los mismos procedimientos.
- 4.26 La Entidad, en la página 7 de su escrito de contestación de demanda arbitral, presenta un cuadro con el detalle de los montos aprobados por la Entidad e indica que de él se puede apreciar que por concepto de gastos generales variables la Entidad aprobó S/. 840,560.08 del Adicional N° 09 menos S/. 578,234.04 del Deductivo N° 05, cuya diferencia da como resultado un monto de S/. 262,326.04 a favor del Contratista. Asimismo, manifiesta que es importante señalar que la Entidad en aplicación del Artículo 202° del Reglamento, aprobó la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios sin reconocimiento de mayores gastos generales variables, porque se trataba de una ampliación de plazo derivada de un adicional de obra, en este caso del Adicional de Obra N° 09 y del correspondiente Deductivo Vinculante N° 05, situación similar a la Ampliación de Plazo N° 09.
- 4.27 De tal forma, alega que el Tribunal Arbitral puede observar que la situación presentada con la Ampliación de Plazo N° 16 derivada del Adicional N° 09, es exactamente la misma que en el caso de la Ampliación de Plazo N° 09 derivada del Adicional de Obra N° 07; y en ambos casos la Entidad procedió de conformidad con el Artículo 202° del RLCE, aprobando ampliaciones de plazo sin reconocimiento de gastos generales variables.
- 4.28 PROVÍAS NACIONAL indica que es necesario recordar que el Contratista en el sustento de su demanda, donde reclama el íntegro de los gastos generales variables correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 09 y donde considera que el gasto general diario es de S/. 37,929.05 por noventa y seis (96) días calendarios y asciende a la suma de S/. 3'641,188.80 más el IGV; argumenta que el Adicional de Obra N° 07 fue ejecutado dentro del plazo contractual entre otras

cosas y que por ello le corresponde el 100% de gastos generales variables por los noventa y seis (96) días de la ampliación otorgada.

- 4.29 El demandado sostiene que siguiendo ese mismo razonamiento del Contratista, entonces en el caso de la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios derivada de la aprobación de Adicional de Obra N° 09 y Deductivo Vinculante N° 05, le debería corresponder al Contratista el gasto general diario de S/. 37,929.05 por los dos (02) días calendarios otorgados en dicha ampliación de plazo, lo que da un total de S/. 75,858.10 y no el monto de gastos generales variables aprobado en el presupuesto del adicional y deductivo vinculante; sin embargo, como ya se ha mencionado la Entidad aprobó un total de S/. 262,326.04 por concepto de gastos generales variables.
- 4.30 En consecuencia, manifiesta que si el Tribunal Arbitral determinara darle la razón al Contratista en su demanda por gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 09, debe verse a lo que conllevaría. En este caso facultaría a la Entidad a solicitar el monto excedente otorgado al Contratista por gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 16 aprobados mediante Resolución N° 542-2013-MTC/02 y pagados.
- 4.31 Señala que en tal situación el monto que el Contratista debería devolver como saldo a favor de la Entidad sería S/. 186,467.94 (Ciento Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Sesenta y Siete con 94/100 Nuevos Soles). Añade que sin lugar a dudas a ese monto habría que añadirse los impuestos y los intereses correspondientes que devenguen hasta la fecha de su pago.
- 4.32 Respecto al reembolso de las **costas y costos** que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral, el demandado sostiene que en la presente controversia no corresponde que se le condene al pago total de los gastos arbitrales, ya que como se ha fundamentado, existen suficientes argumentos que demuestran la falta de sustento de la demanda.
- 4.33 Asimismo, indica que conforme a las atribuciones otorgadas al Tribunal Arbitral en la Ley de Arbitraje, específicamente al Art. 73º, corresponde a su discreción determinar la distribución de los costos y costas del presente arbitraje.
- 4.34 Mediante Resolución N° 4 de fecha 10/04/14 se admitió a trámite la contestación de demanda.

**V. De la Excepción de Caducidad interpuesta por PROVÍAS NACIONAL con fecha 25/03/14.**

- 5.1 Mediante primer otrosí decimos de su escrito de contestación de demanda arbitral de fecha 25/03/14, PROVÍAS NACIONAL interpone la excepción de caducidad señalando que conforme al petitorio de la demanda, el Contratista pretende discutir los gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 09 contenida en la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13, por noventa y seis (96) días calendarios.
- 5.2 Indica que la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 fue notificada al Contratista el día 25/06/13, al domicilio legal que consta en el contrato celebrado entre las partes y conforme a la constancia notificación personal N° 265-2013-MTC/20.2.4.1.1 que obra con cargo de recepción de sus oficinas.
- 5.3 El demandado sostiene que en efecto, el reconocimiento y pago de los gastos generales variables derivados de los noventa y seis (96) días calendarios de la novena solicitud de ampliación de plazo presentada por la recurrente, referida a la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13, fue notificada a JJC con fecha 25/06/13; por lo que a la fecha de presentación de su solicitud arbitral, esto es, al 19/08/2013, excedió el plazo de (15) días hábiles establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado para solicitar el arbitraje. Así, alega que se ha superado ampliamente el plazo establecido en el Art. 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Por lo que, indica que conforme a la Ley que es de orden público y de obligatorio cumplimiento, los plazos establecidos en el reglamento son de caducidad.
- 5.4 Menciona que lo expuesto se acredita con el cargo de notificación de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 del 24/06/13, que se adjunta al escrito de contestación de demanda y que declaró procedente la solicitud de ampliación de plazo N° 9 formulada por la empresa, sin reconocimiento de mayores gastos generales variables a JJC.
- 5.5 Bajo tales consideraciones, manifiesta que corresponde al Tribunal Arbitral declare la caducidad del derecho e improcedente la demanda formulada en su contra.

- 5.6 Mediante Resolución N° 4 de fecha 10/04/14 se corrió traslado a JJC de la excepción de caducidad formulada por Proviñas Nacional, para que absuelva lo que considere conveniente a su derecho.
- 5.7 Mediante escrito de fecha 14/05/14, JJC absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 4 manifestando que el argumento invocado por la Entidad adolece de una incorrección sustancial en la medida que si bien la Resolución N° 522 materia de la presente controversia fue notificada al demandante el 25/06/13, la misma fue expresamente sometida a la vía conciliatoria el 15/07/13 esto es dentro de los 15 días hábiles al que se refiere el último párrafo del artículo 201° del Reglamento el cual fue invocado por la Entidad. Manifiesta que lo afirmado puede ser corroborado con la solicitud de conciliación presentada al Centro de Conciliación PROJUS que se adjunta al escrito de absolución presentada por el demandante el 14/05/14.
- 5.8 Por tanto, alega que en atención a ello, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que por un lado, el Contratista sí cumplió con someter a controversia vía conciliación la Resolución N° 522; y por otro que no es obligatorio que se someta directamente a arbitraje todas las controversias que se generen durante la ejecución de la obra, pues es facultad del Contratista recurrir a la vía conciliatoria antes que al arbitraje.
- 5.9 Asimismo, sostiene que el Tribunal Arbitral deberá tener presente que la conciliación iniciada por el demandante y aceptada por el demandado culminó el 05/08/13 sin que las partes pudieran conciliar, Acta de Conciliación que se encuentra adjunta al escrito del Contratista de fecha 14/05/14. Al respecto, añade que en el proceso de conciliación la Entidad no invocó que el pedido del demandante haya sido extemporáneo según el artículo 201° del Reglamento.
- 5.10 Por lo tanto, JJC indica que en virtud de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 215° del Reglamento, inició el arbitraje el 19/08/13, esto es dentro del plazo de 15 días hábiles prescrito en el artículo antes citado. En vista de todo ello, alega que puede apreciarse que JJC no ha incurrido en causal alguna que conlleve a que sea amparada como válida la excepción de caducidad interpuesta por la Entidad, pues el demandante sí cumplió con los plazos establecidos en los artículos 201° y 215° del Reglamento.

- 5.11 No obstante lo mencionado, el Contratista considera pertinente traer a colación el artículo 52º de la Ley, la cual prima sobre el Reglamento, con la finalidad de indicar que JJC sometió a arbitraje las materias que son objeto de la excepción de caducidad invocada por la Entidad en el momento anterior a la fecha de culminación del contrato, esto es antes que la liquidación aprobada por PROVÍAS NACIONAL quede legalmente consentida la cual a la fecha es incluso inexistente; por lo que en mérito a ello JJC estima que la excepción carece de validez.
- 5.12 Mediante Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral reservó su decisión respecto de la excepción de caducidad hasta el momento del laudo o algún momento anterior a su expedición, de acuerdo a su criterio.

## **VI. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos**

- 6.1 Con fecha 17/06/14, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia de ambas partes fijándose como cuestión previa la siguiente:

**Cuestión Previa:** Que, mediante escrito de contestación de demanda de fecha 25 de marzo de 2014 Provías Nacional dedujo excepción de caducidad, la cual fue absuelta por JJC mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2014. Al respecto, mediante resolución N° 6 de fecha 23 de mayo de 2014, el Tribunal Arbitral, de conformidad con el numeral 23 del Acta de Instalación, reservó su decisión hasta el momento del laudo o para algún momento anterior a su expedición, de acuerdo a su criterio.

- 6.2 Acto seguido, se establecieron los puntos controvertidos, de conformidad con el artículo 48º del Reglamento aplicable al presente proceso, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas, siendo éstos los siguientes:

**Respecto a la demanda (presentada el 18/02/2014) y a la contestación de la demanda (presentada el 17/03/2014):**

**Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de 96 días.

**Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se reconozca en favor de JJC los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la entidad a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 y, en consecuencia, se ordene a Provías Nacional pagar el íntegro de ellos, al demandante, los cuales ascienden a la suma neta de S/. 3'641,188.80 más el IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

**Costas y costos:** Determinar a quién o a quienes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

- 6.3 En dicha acta se dejó constancia que El Tribunal Arbitral se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.
- 6.4 Asimismo, se declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.
- 6.5 Finalmente, el Tribunal Arbitral dejó expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje literal b).
- 6.6 En la misma audiencia se admitió como medios probatorios los documentos ofrecidos tanto por el demandante como por el demandado.

## **VII. Audiencia de Ilustración y cierre de la etapa probatoria**

- 7.1 Con fecha 22/08/14, se realizó la Audiencia de Ilustración con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de ambas partes a fin de que ilustrara al Colegiado con las posturas de ambas partes sobre las controversias del presente proceso.
- 7.2 Mediante Resolución N° 14 de fecha 18/09/14 se declaró finalizada la etapa probatoria, otorgándose a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos escritos.

## **VIII. Alegatos**

Mediante escrito de fecha 30/09/14 y dentro del plazo otorgado, JCC presentó sus alegatos escritos. Asimismo, mediante escrito de fecha 01/10/14 y dentro del plazo otorgado, PROVÍAS NACIONAL presentó sus alegatos escritos.

#### **IX. Audiencia de Informe Oral y Plazo para laudar**

Con fecha 28/10/14 se realizó la Audiencia de Informe Oral con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de ambas partes a fin de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos.

Asimismo, en este mismo acto el Tribunal Arbitral declaró que los autos se encontraban en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para expedir el laudo en treinta (30) días hábiles; el cual podría ser prorrogado por un máximo de treinta (30) días adicionales. Mediante Resolución N° 19 de fecha 04/12/14 se prorrogó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, el mismo que vencería el 23 de enero del 2015.

#### **X. VALORACION DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

##### **Primer Punto Controvertido:**

*"Determinar si corresponde o no dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de 96 días".*

##### **POSICION DEL CONTRATISTA:**

Mediante escrito de fecha 18/02/14, JJC presentó su demanda arbitral contra PROVÍAS NACIONAL.

A través de las pretensiones contenidas en su demanda, JJC solicita lo siguiente:

**Primera Pretensión Principal:** Que, se reconozca y ordene pagar el íntegro de los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, los cuales ascienden a la suma neta de S/.3'641,188.80 más el I.G.V., monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses

que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación; y, por su mérito, dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución antes citada, en el extremo en donde no se reconoce a JJC los gastos generales de la prórroga concedida.

Segunda Pretensión Principal: Que, se condene a PROVÍAS NACIONAL al reembolso de las costas y costos que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral.

**Respecto a la primera pretensión principal**, el demandante precisa que, el gasto general diario del contrato asciende a la suma neta de S/. 37,929.05 sin IGV, por lo que, se tiene que por los 96 días de ampliación de plazo derivados de su novena solicitud de ampliación de plazo, se obtiene por concepto de gastos generales, la suma neta de S/. 3'641,188.80. En todo caso, indica que el Tribunal deberá tener en cuenta que el gasto general diario antes mencionado, se obtuvo luego de dividir el gasto general variable previsto en su oferta económica, ascendente a la suma de S/.20'481,685.07 entre el plazo de ejecución de obra pactado en el contrato, ascendente a 540 días calendario; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 203º del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

**FUNDAMENTO DE LA PRIMERA PRETENSION.**- el Contratista señala que de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 202º del Reglamento se tiene que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario.

En relación a la indicada regulación señala que la Entidad debe asumir los mayores gastos generales variables diarios derivados de la extensión del plazo contractual ocasionado como consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 09; concluye que el gasto general variable **diario** del presente contrato, asciende, por mandato expreso de la Ley, a la suma neta de S/.37,929.05, sin considerar reajustes ni el IGV.

Que, la Resolución N° 522-2013-MTC/20, resuelve que la Ampliación de Plazo N° 09 no conllevaría el reconocimiento y pago de mayores gastos generales, en virtud a que según el demandado la causal que sustenta la referida prórroga, esto es la ejecución del Presupuesto Adicional N° 07, cuenta con un presupuesto específico que, en apreciación de ésta, impediría conceder los gastos generales que son demandados en el presente arbitraje.

Que, el Adicional N° 07 no se ejecutaron dentro del período ampliado del contrato derivado de la prórroga que se le ha sido concedida a través de la Resolución N° 522-2013-MTC/20; por ello la Entidad no puede sostener de forma válida que la prórroga antes mencionada no conlleva el reconocimiento y pago de los gastos generales reclamados como consecuencia de su novena solicitud de ampliación de plazo.

Que, dentro de los 96 días otorgados por la Ampliación de Plazo N° 09 se han ejecutado partidas que eran propias del contrato principal y no del adicional N° 07. Los Gastos Generales del indicado adicional no pueden ser asignados al período ampliado del contrato como consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 09 indicado.

Invoca el ultimo párrafo del artículo 203º del Reglamento, que establece que, *"En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución"*. Los Gastos Generales del Presupuesto Adicional son propios e inherentes para la ejecución de dicho adicional, no puede confundirse con los gastos generales del contrato, los cuales, de acuerdo con el Numeral 29 del Anexo del Reglamento *"Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista"*.

Que, el Adicional N° 07 se ejecutó afectando la ruta crítica por lo tanto la Ampliación de Plazo N° 09 por 96 días generó la ejecución de actividades constructiva correspondientes a Partidas pertenecientes a la Obra Principal dentro del periodo ampliatorio; siendo que la programación de los trabajos relacionados con el adicional N° 07 habían sido previstos llevarse a cabo inmediatamente después de su aprobación por parte de la Entidad y dentro del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Que, el Adicional N° 07 se ejecutó en 140 días a partir del 24.05.2013, los que vencieron en el mes de OCTUBRE 2013 (Plazo del contrato original); durante el periodo ampliado que se extendió hasta el 26/04/14 desde el 20/01/14. Ello se constata de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 que aprobó a favor de la Contratista 96 días calendario de Ampliación de Plazo. Por tanto la ampliación de plazo y los gastos generales no se encuentran dentro de lo previsto en el primer párrafo del artículo 202º del Reglamento.

Por tanto, el demandante considera que pretender aplicar literalmente el referido enunciado normativo, sin advertir la distinción antes mencionada, conlleva necesariamente a perpetuar la arbitrariedad consistente en que no

se reconozca gastos generales al período ampliado; no obstante, que toda prórroga conlleva dicho derecho precisamente para salvaguardar y tutelar el equilibrio económico del contrato.

En atención a las consideraciones antes expuestas, JJC indica que el Tribunal Arbitral deberá tener presente que si bien el referido adicional incidió y afectó la ruta crítica de la obra, conllevando una extensión del plazo contractual ascendente a 96 días calendario, ello a su vez determinó que diversas actividades constructivas correspondientes a Partidas que pertenecen a la obra principal se desplazaran al período ampliado, en tanto que la ejecución del referido adicional ha sido técnicamente programada dentro del plazo contractual.

#### **POSICION DE LA ENTIDAD:**

**Entrega de Terreno.**- El 12/07/12 se realizó la Entrega de Terreno al Contratista, lo que determinó que la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra sea a partir del 13/07/12. El plazo de ejecución establecido por el contrato original fue de 140 días que vencía en Octubre 2013.

**Prestación Adicional.**- Mediante Resolución Ministerial N° 290-2013-MTC/02 de fecha 24/05/13, la Entidad aprueba el presupuesto de la Prestación Adicional de Obra N° 07 por un monto de S/. 20'840,890.17 incluido IGV, así como el Deductivo Vinculante N° 03 por S/. 9'882,792.03 incluido IGV.

**Ampliación de Plazo N° 09.**- Mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13, la Entidad aprueba la Ampliación de Plazo N° 09 por 96 días calendarios, *sin reconocimiento de mayores gastos generales variables.*

Como fundamentos de hecho y derecho contra la pretensión planteada por el demandante, PROVIAS NACIONAL manifiesta que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 207º del Reglamento y dentro de los plazos establecidos, la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 290-2013-MTC/02 de fecha 24/05/13, aprobó el presupuesto de la Prestación Adicional de Obra N° 07 por un monto de S/. 20'840,890.17 incluido IGV, así como el Deductivo Vinculante N° 03 por S/. 9'882,792.03 incluido IGV. Para mayor detalle adjunta un cuadro consignado en la página 3 de su escrito de contestación de demanda arbitral.

Alega que de dicho cuadro se puede apreciar, por concepto de gastos generales variables, que la Entidad aprobó S/. 1'801,696.30 del Adicional

N° 07 menos S/. 596,606.75 del Deductivo N° 03, cuya diferencia dio como resultado un monto de S/. 1'205,089.55.

En ese orden y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 200º numeral 4) del Reglamento, PROVIAS NACIONAL indica que el Contratista solicitó la Ampliación de Plazo N° 09 por noventa y seis (96) días calendarios por la aprobación de la Prestación Adicional de Obra N° 07 y el correspondiente Deductivo Vinculante N° 03, siendo tramitado de acuerdo al procedimiento indicado en el Artículo 201º del Reglamento y finalmente aprobado por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13.

Señala que la Ampliación de Plazo N° 09 por noventa y seis (96) días calendarios fue aprobada por la Entidad sin reconocimiento de mayores gastos generales variables, en virtud de lo indicado en el primer párrafo del Artículo 202º del Reglamento, donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obras darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

En consecuencia, el demandando indica que habiendo el Contratista solicitado la Ampliación de Plazo N° 09 para la ejecución de los trabajos de la Prestación Adicional de Obra N° 07, no correspondía reconocer mayores gastos generales variables, debido a que el presupuesto de la referida prestación adicional cuenta con sus propios gastos generales variables; en atención a lo dispuesto Artículo 202º del Reglamento cuya norma es de orden público.

~~PROVIAS NACIONAL~~ rechaza lo señalado por el Contratista en el numeral 1.2) de su demanda respecto de que la apreciación de la Entidad de no conceder gastos generales variables en la Ampliación de Plazo N° 09 es técnicamente incorrecta alegando que la programación de los trabajos constructivos que - en sentido estricto - corresponden al adicional N° 07, no habían sido previstos ni programados que sean ejecutados dentro del período ampliado del contrato derivado de la prórroga que se les había sido concedida a través de la Resolución N° 522-2013-MTC/20.

Asimismo, indica que el demandante sostiene que si bien el adicional antes mencionado, afectó la ruta crítica de la obra conllevando una ampliación de plazo contractual de noventa y seis (96) días calendarios, dicha afectación ocasionó que la ejecución de actividades constructivas correspondientes a partidas pertenecientes a la obra principal, se desplacen al período ampliado antes referido, siendo que la programación de los trabajos

relacionados con el adicional N° 07 habían sido previstos llevarse a cabo inmediatamente después de su aprobación por parte del Contratante y dentro del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Al respecto, PROVÍAS NACIONAL considera que deben hacerse ciertas aclaraciones. Primero, alega que el Contratista trata de confundir al Tribunal Arbitral, pues hace una interpretación conveniente a sus intereses respecto a la modificación del Calendario de Obra vigente (CAO) por la aprobación del Ampliación de Plazo N° 09 para la ejecución del Adicional de Obra N° 07, cuando pretende hacer creer que los trabajos del adicional aprobado no se ejecutan dentro del periodo ampliado.

Segundo, indica que el Tribunal debe tener muy claro que lo técnicamente correcto cuando se aprueba una ampliación de plazo para la ejecución de un adicional de obra, es insertar las partidas del adicional en el CAO en la oportunidad en que es aprobado el adicional de obra; es decir indica que en el presente caso, si el Adicional de Obra N° 07 fue aprobado con fecha 24/05/13, entonces lo que correspondía hacer era que en esa misma fecha se inserte en el CAO vigente las partidas de dicho adicional con los metrados aprobados, incluyendo el efecto del deductivo vinculante, a fin de ver el efecto final en la ruta crítica y cómo ese efecto hace que la fecha de término de obra vigente se desplace a una nueva fecha; siendo el efecto final en este caso de noventa y seis (96) días calendarios.

 Tercero, el demandando indica que no es cierto lo afirmado por el Contratista, en el sentido de que el desplazamiento que experimenta la fecha de término vigente en noventa y seis (96) días calendarios, era el plazo ampliado durante el cual debieran ejecutarse los trabajos del Adicional de Obra N° 07. Así, reitera que lo técnicamente correcto era "insertar" en el CAO vigente las actividades del adicional aprobado considerando la oportunidad en que dicho adicional era ejecutado, con el objeto de programar y reflejar en el CAO los trabajos que realmente se ejecutarían en obra.

Cuarto, el demandado señala que lo expresado por el Contratista en el numeral 1.4) de su demanda es una interpretación antojadiza, ya que habla de una norma de excepción, añadiendo que solamente es aplicable cuando se dan dos condiciones técnicas, condiciones que en ninguna parte de la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento y sus modificatorias se mencionan. Añade que del Artículo 5° de la Ley se precisa este orden de preiación en la aplicación del derecho, indicándose que esta disposición es de orden público e insoslayable, cuya inobservancia es hasta causal de anulación de laudo.

Quinto, el demandado indica que en ese sentido, el Contratista no puede pretender interpretar la Ley a su conveniencia o intereses. Así, señala que al momento de calcular el monto de los mayores gastos generales variables generados por la Ampliación de Plazo N° 09 se ciñe a lo dispuesto en el Artículo 203º del Reglamento y en cuanto al Artículo 202º el demandante indica que es una norma de excepción, la misma que solo se cumple bajo dos condiciones. Al respecto, PROVIAS NACIONAL precisa que la norma no puede ser interpretada a modo particular o por conveniencia como en este caso, sino que la interpretación de la norma se realiza en un sentido estricto, más aun cuando dicha norma es de orden público y su inobservancia traería a colación la nulidad de todo lo actuado.

Sexto, el demandado alega que el Contratista no puede ni presumir que existe un desequilibrio económico en su contra dentro de la ejecución de la Obra, puesto que se han otorgado las ampliaciones de plazo y adicionales de Obra de acuerdo a ley; además señala que se debe tener en cuenta que la Obra se encuentra en vía de ejecución.

Sobre las deficiencias en el expediente técnico, las mismas que han generado aprobar los Adicionales de Obra, PROVIAS NACIONAL considera necesario aclarar que la etapa del proceso de selección, donde se puede reclamar las deficiencias que contendría el Expediente Técnico, se realizan en la etapa de observaciones de los procesos de selección. Al respecto, indica que en dicha etapa los participantes pueden presentar a través de sus ingenieros consultas sobre el Expediente Técnico o solicitar algún cambio en las Bases del concurso, de no estar de acuerdo con esta. Así, indica que luego, de efectuar la observación correspondiente y no ser acogida por el Comité Especial a cargo del proceso, esta puede ser elevada al OSCE para su pronunciamiento. Posteriormente, indica que la última etapa, y una de las más importantes, es la Integración de las Bases, que se da una vez absueltas todas las consultas presentadas, o de ser el caso emitido el pronunciamiento del OSCE. Luego las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular, según lo indicado en el Artículo 59º del RLCE aprobado con el DS. N° 184-2008-EF.

La Entidad señala que dicha situación parece ser desconocida por el Contratista y espera que quede claro que en ese orden es que la Entidad de acuerdo a ley también aprobó los Adicionales de Obra y Ampliaciones de Plazo debido a los hechos que se suscitaron luego de la firma del contrato y que la Entidad no desconoce; muy por el contrario menciona que procedió a efectuar las gestiones pertinentes; a fin de no afectar la estructura económica del Contratista.

Séptimo, el demandando indica que el Contratista no puede pretender que se le reconozca los gastos generales variables por S/. 3'641,188.80 más IGV, monto calculado a partir del gastos generales variables - equivalente a S/. 37,929.05 - multiplicado por los noventa y seis (96) días calendarios de la ampliación de plazo N° 09. Precisa que la Entidad aprobó dentro del presupuesto del Adicional de Obra N° 07 un gasto general variable de S/. 1'801,696.30, monto que señala la Entidad ya ha venido pagando en las correspondientes valorizaciones de obra de dicho adicional; por lo tanto, indica que se observa que el Contratista pretende cobrar nuevamente por un concepto reconocido por la Entidad y que viene siendo pagado puntualmente.

**En conclusión**, PROVÍAS NACIONAL se ratifica en que no existe sustento técnico ni legal para reconocer mayores gastos generales variables más allá de los aprobados en el Adicional de Obra N° 07.

Como aspectos que deben ser evaluados por el Tribunal Arbitral, la Entidad menciona que se trata de la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios, aprobada por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 997-2013-MTC/20 de fecha 04/10/13. Dicha ampliación se deriva de la aprobación del Adicional de Obra N° 09 por S/. 11'283,006.49 incluido IGV y del Deductivo Vinculante N° 05 por S/. 8'740,920.62 incluido IGV, aprobado por la Entidad mediante Resolución Ministerial N° 542-2013-MTC/02 de fecha 06/09/13; situación similar a la pretendida en el presente arbitraje. Solicita que se vea los hechos acontecidos y la estrecha similitud que guarda con la solicitud de Ampliación de Plazo N° 09, puesto que se han llevado a cabo los mismos procedimientos.

~~(S)~~ La Entidad, en la página 7 de su escrito de contestación de demanda arbitral, presenta un cuadro con el detalle de los montos aprobados por la Entidad e indica que de él se puede apreciar que por concepto de gastos generales variables la Entidad aprobó S/. 840,560.08 del Adicional N° 09 menos S/. 578,234.04 del Deductivo N° 05, cuya diferencia da como resultado un monto de S/. 262,326.04 a favor del Contratista. Asimismo, manifiesta que es importante señalar que la Entidad en aplicación del Artículo 202° del Reglamento, aprobó la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios sin reconocimiento de mayores gastos generales variables, porque se trataba de una ampliación de plazo derivada de un adicional de obra, en este caso del Adicional de Obra N° 09 y del correspondiente Deductivo Vinculante N° 05, situación similar a la Ampliación de Plazo N° 09.

De tal forma, alega que el Tribunal Arbitral puede observar que la situación presentada con la Ampliación de Plazo N° 16 derivada del Adicional N° 09, es exactamente la misma que en el caso de la Ampliación de Plazo N° 09 derivada del Adicional de Obra N° 07; y en ambos casos la Entidad procedió de conformidad con el Artículo 202° del RLCE, aprobando ampliaciones de plazo sin reconocimiento de gastos generales variables.

PROVÍAS NACIONAL indica que es necesario recordar que el Contratista en el sustento de su demanda, donde reclama el íntegro de los gastos generales variables correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 09 y donde considera que el gasto general diario es de S/. 37,929.05 por noventa y seis (96) días calendarios y asciende a la suma de S/. 3'641,188.80 más el IGV; argumenta que el Adicional de Obra N° 07 fue ejecutado dentro del plazo contractual entre otras cosas y que por ello le corresponde el 100% de gastos generales variables por los noventa y seis (96) días de la ampliación otorgada.

El demandado sostiene que siguiendo ese mismo razonamiento del Contratista, entonces en el caso de la Ampliación de Plazo N° 16 por dos (02) días calendarios derivada de la aprobación de Adicional de Obra N° 09 y Deductivo Vinculante N° 05, le debería corresponder al Contratista el gasto general diario de S/. 37,929.05 por los dos (02) días calendarios otorgados en dicha ampliación de plazo, lo que da un total de S/. 75,858.10 y no el monto de gastos generales variables aprobado en el presupuesto del adicional y deductivo vinculante; sin embargo, como ya se ha mencionado la Entidad aprobó un total de S/. 262,326.04 por concepto de gastos generales variables.

En consecuencia, manifiesta que si el Tribunal Arbitral determinara darle la razón al Contratista en su demanda por gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 09, debe verse a lo que conllevaría. En este caso facultaría a la Entidad a solicitar el monto excedente otorgado al Contratista por gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 16 aprobados mediante Resolución N° 542-2013-MTC/02 y pagados.

Señala que en tal situación el monto que el Contratista debería devolver como saldo a favor de la Entidad sería S/. 186,467.94 (Ciento Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Sesenta y Siete con 94/100 Nuevos Soles). Añade que sin lugar a dudas a ese monto habría que añadirse los impuestos y los intereses correspondientes que devenguen hasta la fecha de su pago.

Respecto al reembolso de las **costas y costos** que se generen durante la tramitación y conclusión del presente proceso arbitral, el demandado sostiene que en la presente controversia no corresponde que se le condene

al pago total de los gastos arbitrales, ya que como se ha fundamentado, existen suficientes argumentos que demuestran la falta de sustento de la demanda.

Asimismo, indica que conforme a las atribuciones otorgadas al Tribunal Arbitral en la Ley de Arbitraje, específicamente al Art. 73º, corresponde a su discreción determinar la distribución de los costos y costas del presente arbitraje.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 10/04/14 se admitió a trámite la contestación de demanda.

**Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se reconozca en favor de JJC los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la entidad a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 y, en consecuencia, se ordene a Proviás Nacional pagar el íntegro de ellos, al demandante, los cuales ascienden a la suma neta de S/. 3'641,188.80 más el IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

**Costas y costos:** Determinar a quién o a quienes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

#### **POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

##### **1. De los Alcances de la Primera Pretensión Principal:**

- Que, se reconozca y ordene pagar el íntegro de los gastos generales variables
- Que, estos Gastos Generales se derivan una ampliación de plazo N° 09 por los 96 días aprobados por la Entidad mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20.
- Debe dejarse sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer párrafo de la RD N° 522-2013-MTC/20 en el extremo donde no se reconoce a JJC los Gastos Generales
- Los Gastos Generales reclamados ascienden a la suma neta de S/.3'641,188.80 más el I.G.V., monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

Naturaleza Técnico Jurídica de los Gastos Generales Variables.- De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado los

Gastos Generales Variables, "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista".

¿A qué tiempo de ejecución están directamente vinculados los gastos Generales Variables?

A aquel plazo que se inicia desde el día siguiente de que se cumplan las condiciones a que se refiere el Artículo 184<sup>a</sup> del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Dentro del contexto de la presente controversia debe determinarse si la Ampliación de Plazo N° 09 por 96 días, por la causal de aprobación de la Prestación Adicional N° 07 le es aplicable la siguiente regulación:

**"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario...".**

Para dar una respuesta adecuada a la normativa que regula la materia, veamos la naturaleza de la ampliación del plazo otorgada a través de la **Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de 24.06.2013**.

Los considerandos de la indicada RD señalan:

 "Que, por Cédula de notificación por Medios Electrónicos Cedula N° NOTI-RV-M040-2013-MTC/20.2.4.1.1 recibida el 24.05.2013, se comunicó a LA CONTRATISTA, la RM N° 290-2013-MTC/02 de fecha 24.05.2013 que aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 07 al Contrato de Ejecución de Obra N° 049-2012-MTC/20 ...".

"Que, mediante Asiento N° 1005 fecha 24.05.2013, el Contratista consigna en el Cuaderno de Obra lo siguiente:

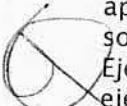
ASUNTO: APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA PRESTACIÓN ADICIONAL N° 07 Y PRESUPUESTO DEDUCTIVO VINCULANTE N° 03.

REF: RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 290-2013-MTC/02 DEL 24.05.2013

En la fecha mediante Cédula N° 040 se nos ha notificado la Resolución Ministerial N° 290-2013-MTC/02, que aprueba el Presupuesto de la Prestación Adicional N° 07 por: "Mayores Metrados en las partidas.....; dicha Prestación Adicional de Obra, modifica y afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, lo cual es causal de ampliación de plazo que evaluaremos para el trámite de la solicitud de la ampliación de plazo que corresponda, de acuerdo a los términos contractuales y normativa vigente".

"Que, con Carta Nº JJC/107-0488/2013 de fecha 08.09.2013, presentada en la misma fecha ante LA SUPERVISIÓN, EL CONTRATISTA formula solicitud de Ampliación de Plazo Nº 09 al Contrato de Ejecución de Obra Nº 049-2012-MTC/20 por noventa y seis (96) días calendario, con reconocimiento de mayores gastos generales , por la causal de "Cuando se aprueba la prestación adicional de obra", como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra Nº 07 y el Presupuesto Deductivo Vinculante Nº 03 mediante Resolución Ministerial Nº 290-2013-MTC/02 DE FECHA 24.05.2013"

Como podrá advertirse, el 08.09.2013 el Contratista formula solicitud de Ampliación de Plazo Nº 09 al Contrato de Ejecución de Obra por 96 días, "con reconocimiento de mayores gastos generales", invocando la causal a que se contrae el numeral 4 del Artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

  
"Que, mediante Carta Nº 797 2013/HOB-1206-S/JS con fecha 13.06.2013, recibida por PROVIAS NACIONAL el 17.06.2013, LA SUPERVISIÓN remite el Expediente Sustentatorio respecto a la **Ampliación de Plazo Nº 09**, en el que concluye, entre otros, lo siguiente: a) El Contratista ha cumplido con lo establecido en los artículos 200º y 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, invocando la causal, informando del evento ocurrido mediante las anotaciones en el cuaderno de obra, manifestando que la aprobación del Adicional de Obra Nº 07 y su Deductivo Vinculante Nº 03, modifica y afecta la ruta crítica del programa de ejecución de Obra Vigente, siendo causal para la Ampliación de Plazo Nº 09; solicitando por estas razones el Contratista Ampliación de Plazo Nº 09 por (96) días calendario, con el sustento de la documentación técnico legal, dentro del plazo establecido; b) De conformidad con el artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado numeral 4) se tipifica como causal de ampliación de plazo "Cuando se aprueba la Prestación Adicional de Obra" luego de evaluada la solicitud de ampliación de plazo, la modificación del programa de Ejecución de obra y la afectación de la ruta crítica del programa de ejecución de Obra Vigente (CAO Actualizado Nº 06) al ser incluido las partidas del Presupuesto Adicional Nº 07 y Deductivo Vinculante Nº 03; c) De conformidad al artículo 202º del RLCE no procede el reconocimiento de gastos generales al tratarse de presupuestos específicos que cuentan con sus propios gastos generales, no siendo factible el reconocimiento de mayores gastos generales que solicita el Contratista; d) De la evaluación efectuada a la solicitud de Ampliación de Plazo Nº 09, por 96 días calendario presentada por el Contratista y dentro de los alcances del Artículo 200 y 201 del Reglamento la Supervisión considera procedente otorgar noventa y seis (96) días calendario, como Ampliación de Plazo Nº 09, debido a la aprobación de la Prestación Adicional de Obra Nº 07 y Deductivo Vinculante Nº 03 y al estar la Obra en atraso; por lo que es necesario la ampliación de plazo solicitada para culminar los trabajos contractuales adicionales. La fecha de término del plazo de Obra con el CAO Nº 06 vigente quedaría desplazada del

16.01.2014 al 22.04.2014; teniendo un nuevo plazo de Obra de 649 días Calendario"

El Supervisor considera procedente otorgar los 96 días de ampliación de plazo; sin embargo señala que de conformidad con el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no procede el reconocimiento de gastos generales al tratarse de presupuestos específicos que cuentan con sus propios gastos generales, no siendo factible el reconocimiento de mayores gastos generales. Dentro de este contexto la "fecha de término del plazo de obra con el **Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado Nº 06** vigente quedaría desplazada del 16.01.2014 al 22.04.2014; se entiende que el Calendario que luego obligatoriamente debe ser presentado por el Contratista actualizaría el Calendario indicado bajo dichas condiciones.

Igualmente la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, mediante Informe Nº 413-2013-MTC/20.3 de 21.06.2013 considera procedente la ampliación de plazo, sin reconocimiento de Gastos Generales.

Veamos la naturaleza jurídica de las disposiciones que regulan las ampliaciones de plazo en relación a los gastos generales.

El Artículo 200º del Reglamento establece que el contratista solo puede solicitar la Ampliación de Plazo pactado siempre que las causales modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación. Por su lado el Artículo 201º del Reglamento establece que, "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 " (hemos parafraseado las disposiciones legales). Ambas regulaciones manejan la presunción legal de la afectación a la ruta crítica cuando se amplía el plazo contractual.

Lo que queda por saber es si la causal por autorización de una obra adicional que afecta la ruta crítica tiene los mismos efectos tal si se hubiera ampliado sobre la base de las demás causales (Atrasos y paralizaciones por causa no atribuibles al contratista; atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones imputables a la Entidad; Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado).

Veamos la literalidad del texto del Artículo 202º del Reglamento de la Ley Aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y aquella que el 2012 la modifco mediante Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 138-2012-EF:

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

*"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra".*

La normativa se refiere a los efectos de las ampliaciones de plazo sin distinguir la causal. Ambas regulaciones establecen que las ampliaciones de plazo dan lugar al pago de mayores gastos generales variables *"iguales al número de días correspondientes a la ampliación"*; es decir, los gastos generales variables, reiteramos con la normativa, son iguales al número de días correspondientes a la ampliación, por lo tanto no se refiere a los gastos generales de las estructura de las valorizaciones a pagarse por la ejecución de las obras del contrato principal que durante el plazo ampliado se continuarán ejecutando; las partidas y subpartidas a ejecutarse con posterioridad al periodo dentro del cual ocurrieron las causales mantiene los costos directos e indirectos conforme al Calendario de Avance de Obra actualizado consecuencia de la ampliación de plazo. Por esta razón es que de acuerdo con el Artículo 201º del Reglamento el contratista, una vez ampliado el plazo de ejecución, está obligado 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..."*. La obligación de presentar el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado es **inherente a las Ampliaciones de Plazo**, cualquiera que haya sido la causal por la que se amplía el plazo contractual. Para esta última actuación no se requiere sino seguir el procedimiento a que se contrae el penúltimo párrafo del Artículo 201º dentro de cuyo procedimiento se respetan plazos máximos de modo que, inclusive, ante el silencio de la Entidad, el **Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado**, se tiene por aprobado.

El Calendario de Avance de Obra Valorizado "es el documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de la obra, por períodos determinados en las Bases o en el Contrato"; éste Calendario fue presentado por el contratista para la suscripción del contrato de acuerdo con el artículo 183º del Reglamento de la Ley y, **actualizado**, como consecuencia de la ampliación de plazo Nº 09 otorgada por la Entidad a través de la Resolución Directoral Nº 522-2013-MTC/20 de 24.06.2013, la misma persona presenta el indicado Calendario de Avance de Obra Valorizado, reiteramos, pero **ACTUALIZADO**. Respecto del indicado calendario no se generó ninguna controversia durante la ejecución de la obra, tampoco respecto de las valorizaciones posteriores ya que reemplazó en todos sus efectos al anterior.

El Calendario de Avance de Obra Valorizado que el contratista presenta para la suscripción del contrato es concordante con el cronograma de desembolsos económicos establecido, con el plazo de ejecución del contrato y sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM); en consecuencia, este es el mismo documento que el contratista entrega obligatoriamente, pero **ACTUALIZADO** como consecuencia de la Ampliación de Plazo, por tanto constituye, **en principio, un acto propio**; la actualización obviamente comprende la valorización de las partidas y subpartidas por ejecutar durante el periodo que comprende la ampliación de plazo, pues su naturaleza implica "...la programación valorizada de la ejecución de la obra, por períodos determinados en las Bases o en el contrato, pero, reiteramos una vez más, en forma **ACTUALIZADA**.

La normativa a que estamos haciendo referencia establece, en el penúltimo párrafo del Art. 201º lo siguiente:

*"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".*

Cabe hacer hincapié que el Calendario deberá ser concordante solo con las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida; es decir, en este caso si bien la ruta crítica ha sido afectada puede darse el caso de la existencia de partidas con holgura; es decir, pudieron existir partidas que, no obstante estar programadas dentro del calendario original dentro de una partida o subpartida, por su naturaleza podían atrasarse en su ejecución o bien alargarse en su tiempo esperado de ejecución, sin que ello provoque retraso alguno en la fecha de culminación de la obra. En el presente caso, no se ha acreditado este último evento, por tanto, se presume de derecho que el contratista hizo entrega del calendario de avance de obra valorizado **actualizado** como correlato de la Ampliación de Plazo otorgado con la RD Nº 522-2013-MTC/20 de 24.06.2013; no como correlato de los Gastos Generales Variables que debía pagársele como consecuencia de la ampliación de plazo por tratarse de una causal que tiene su propia estructura dentro de su presupuesto de obra.

Volviendo al análisis relacionado con los gastos generales variables aplicables, para lo efectos de tener la certeza de lo que quiere la ley, veamos el cálculo de los gastos generales variables que supuestamente debe pagar la Entidad.

El Artículo 202º del Reglamento de la Ley dice que "Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos". Es decir, los gastos generales variables son iguales "al número de días **correspondientes** a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos". La presunción legal incontrastable es que los gastos generales variables *corresponde al número de días correspondiente a la ampliación*, salvo el caso de obras adicionales; en otras palabras, no obstante que la normativa no es aparentemente clara, se entiende que los gastos generales se aplica sobre el número de días a que se refiere la primera parte del Artículo 201º:

*"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*

**“Determinar si corresponde o no que se reconozca en favor de JJC los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la entidad a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 y, en consecuencia, se ordene a Proviñas Nacional pagar el íntegro de ellos, al demandante, los cuales ascienden a la suma neta de S/. 3'641,188.80 más el IGV, monto al que se le debe añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación”.**

#### **POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Con sujeción a los fundamentos de hecho y de derecho de la primera pretensión, esta debe declararse INFUNDADA.

**“Determinar si corresponde al Tribunal Arbitral ordenar a la parte demandada el pago de las costas y costos procesales que demanda el presente proceso arbitral”.**

Que, de acuerdo con lo establecido en el Acta de Instalación, las partes estuvieron de acuerdo en que sea de aplicación las estipulaciones contenidas en el Reglamento del CENTRO.

De esta manera, según lo dispuesto por el artículo 104 del referido Reglamento, *“... sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo consideran atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje.”*

De otro lado, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

**“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.*
- 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".*

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

**"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos**  
*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorrinar estos costos entre las partes, si estima que el prorrinar es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".*

En ese sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles y que, por ello, han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia; y con absoluta buena fe procesal.

En atención a ello, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el monto de las costas y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.

## **CUESTIONES FINALES**

~~Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que los miembros del Tribunal Arbitral no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones han tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Tribunal Arbitral se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.~~

### **FALLO ARBITRAL:**

Por todo lo expuesto este Tribunal Arbitral lauda:

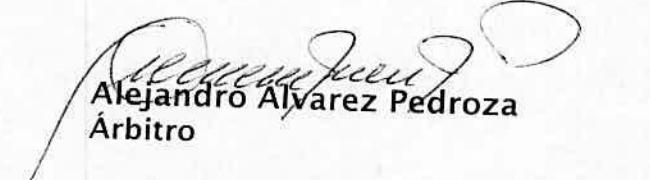
**EXCEPCION DE CADUCIDAD: INFUNDADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD.**

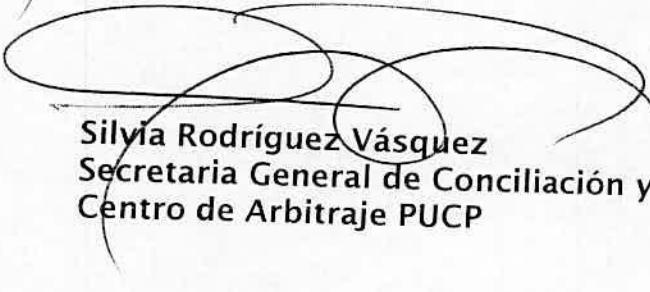
**PRIMERO: INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal con sujeción a los razonamientos de este Laudo Arbitral

**SEGUNDO: INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal.

**TERCERO: ESTABLECER** que cada una de las partes asuma las costas y costos del presente proceso, en iguales proporciones, es decir, que cada una asuma los gastos que le ha generado el desarrollo del presente proceso.

  
**Fernando Cauvi Abadía**  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
**Alejandro Álvarez Pedroza**  
Árbitro

  
**Sylvia Rodríguez Vásquez**  
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje  
Centro de Arbitraje PUCP

**VOTO DISIDENTE DEL ÁRBITRO JORGE FÉLIX RENGIFO HERRERA**

En Lima, a los veintidós días de mes de enero del año dos mil quince, el árbitro Jorge Rengifo Herrera procede a emitir su voto disidente en el proceso arbitral iniciado por la empresa JJC Contratistas Generales contra Proviás Nacional.

En consecuencia, corresponde indicar que el suscrito comparte plenamente en los antecedentes del Laudo Arbitral expedido en el presente arbitraje; sin embargo discrepa en la parte considerativa y resolutiva del mismo. En ese sentido, se procederá a analizar los argumentos que han llevado a emitir un voto disidente:

**CONSIDERANDO:**

Previamente el Tribunal precisa que de acuerdo a la reserva hecha en la Audiencia de Puntos Controvertidos de fecha 16/06/14, este colegiado analizará los puntos controvertidos en orden distinto al establecido en la referida Audiencia.

En consecuencia el orden será el siguiente:

**A.- Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se reconozca en favor de JJC los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la entidad a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 y, en consecuencia, se ordene a Proviás Nacional pagar el íntegro de ellos al demandante, los cuales ascienden a la suma neta de S/. 3'641,188.80 más el IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

**B.- Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de 96 días.

**C.- Costos y costas:** Determinar a quién o a quienes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

Asimismo, el Tribunal precisa que mediante escrito de contestación de demanda de fecha 25 de marzo de 2014 Proviás Nacional dedujo excepción de caducidad,

la cual fue absuelta por JJC mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2014. Al respecto mediante resolución N° 6 de fecha 23 de mayo de 2014, el Tribunal Arbitral, de conformidad con el numeral 23 del Acta de Instalación, reservó su decisión hasta el momento del laudo o para algún momento anterior a su expedición, de acuerdo a su criterio.

En consecuencia este Colegiado procede, previamente, a pronunciarse sobre **LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:**

De acuerdo con la normativa del derecho privado aplicable y estando a lo establecido en el Artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, queda determinado que "la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

La caducidad propuesta por la Entidad se sustenta en el derecho que supuestamente tenía el Contratista para someter a conciliación y/o arbitraje el acto administrativo que otorga la ampliación de plazo sin derecho a mayores gastos generales. Sostiene que el Contratista pretende discutir los gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 09 contenida en la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24/06/13, por noventa y seis (96) días calendarios, que le fuera notificada el **25.06.2013**. Por su lado el Contratista señala que la indicada Resolución Directoral le fue notificada en efecto el **25/06/13**, la misma fue expresamente sometida **a la vía conciliatoria el 15/07/13** esto es dentro de los 15 días hábiles al que se refiere el último párrafo del artículo 201º del Reglamento el cual fue invocado por la Entidad. Manifiesta que lo afirmado puede ser corroborado con la solicitud de conciliación presentada al Centro de Conciliación PROJUS que se adjunta al escrito de absolución presentada por el demandante el **14/05/14**.

Revisados los antecedentes dentro del acervo probatorio se verifica la certeza de la afirmación del contratista, con cuyos aportes se puede concluir que en efecto, dentro del contexto de la excepción de caducidad propuesta por la Entidad, no ha caducado el derecho ni la acción al momento de iniciarse este proceso arbitral.

Dentro del contexto señalado, el Tribunal Arbitral considera infundada la Excepción de Caducidad propuesta por la Entidad.

El Tribunal pasa ahora a analizar los puntos controvertidos en el presente proceso arbitral:

**A.- Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se reconozca en favor de JJC los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la entidad a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 y, en consecuencia, se ordene a Provías Nacional pagar el íntegro de ellos al demandante, los cuales ascienden a la suma neta de S/. 3'641,188.80 más el IGV, monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

1.- Como es de verse en la demanda y contestación de la misma, la Contratista solicitó la Ampliación de Plazo N° 09 como consecuencia de la aprobación del Adicional N° 07 por parte de la Entidad. En su oportunidad, mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, la Entidad aprobó la ampliación de plazo de 96 días sin reconocimiento de mayores gastos generales variables (GGV) amparándose en lo dispuesto en el artículo 202° del RLCE.

Según la referida Resolución Directoral, la Ampliación de Plazo N° 09 no conllevaría el reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables, en virtud a que la causal que sustenta la referida prórroga, esto es la ejecución del Presupuesto Adicional N° 07, cuenta con un presupuesto específico.

2.- En primer lugar, el Colegiado considera pertinente analizar la naturaleza y los alcances de los Gastos Generales Variables en los Contratos de Obra. Siguiendo esa línea de análisis tenemos que los GGV son los costos indirectos en que se incurre en la ejecución del contrato, los mismos que son necesarios para el desarrollo y término de la obra. Por ello es que cuando el Contratista hace su oferta, en ella está contemplado necesariamente el monto de los referidos GGV porque son inherentes a la ejecución de una obra y están calculados en función del tiempo de ejecución de la misma. En otras palabras; no se puede ejecutar una obra si es que en el costo de la misma no están contemplados los GGV.

El Tribunal considera necesario precisar también que el gasto general variable se encuentra en función directa con el tiempo de ejecución de la obra. Por ello, si el plazo se amplía o reduce, los referidos GGV se ampliarán o reducirán tal como lo establece el artículo 202° del RLCE; lo que nos permite diferenciar entre mayores y menores gastos generales variables. Esta es la naturaleza de los GGV tal como lo dispone también el numeral 29 del Anexo Único – Anexo de Definiciones del RLCE cuando señala que los Gastos Generales Variables "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista".

3.- Ahora bien, el proceso de ejecución de una obra es dinámica y no obstante los cálculos y estudios preliminares se pueden presentar situaciones no previstas que tienen que ser atendidas y solucionadas en el marco de la ley de la materia. Entre otros, pueden aparecer los adicionales de obra y las ampliaciones de plazo; situaciones que generan costos no previstos en el Contrato original y que pueden darse por defecto de los estudios previos (en cuyo caso es responsabilidad de la Entidad convocante) o por acciones del Contratista (en cuyo caso es responsabilidad de éste). Al tratarse de situaciones no previstas en el Contrato Originario, su ejecución requiere de factores adicionales sin los cuales no se puede cumplir el objeto del referido contrato. Entre otros, estos factores son los GGV que tienen identidad propia y en el presente caso son consustanciales a los adicionales de obra y a las ampliaciones de plazo.

4.- En esa misma dirección el RLCE distingue claramente entre los Gastos Generales del Contrato Principal, los Gastos Generales del Adicional de Obra y los Gastos Generales de las Ampliaciones de Plazo.

En efecto, el último párrafo del artículo 203º del RLCE establece que "*En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinan considerando lo necesario para su ejecución*". Como se ve, estamos ante el supuesto de prestaciones adicionales las mismas que requieren de GGV para su ejecución. Queda, pues, claramente establecido que los GGV de prestaciones adicionales están dadas para garantizar la ejecución de las mismas de manera tal que sin ellos no será posible realizar las obras. Debe entenderse entonces que la intencionalidad del legislador es garantizar la dación de los GGV estableciendo vía Reglamento la forma en que se deben determinar su reconocimiento y pago.

Por su parte, el primer párrafo del artículo 202º del RLCE señala que "*Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos*". A diferencia de lo señalado anteriormente, se trata aquí de las ampliaciones de plazo, que como en el caso de los adicionales, también requieren del reconocimiento y pago de GGV que les son propios e inherentes. Mediante este artículo no sólo se diferencia los GGV de las ampliaciones de plazo de los GGV de los adicionales, sino que además se garantiza el reconocimiento y pago de estos últimos.

Ahora bien, los GGV del Contrato principal están reconocidos en el mismo contrato y el monto está calculado en función del plazo originario. Como vimos, cuando el RLCE hace referencia a GGV de los adicionales y de las ampliaciones de plazo; está reconociendo de manera implícita que esos GGV no pueden ser cubiertos por los previstos en el contrato originario.

5.- Este Tribunal es de la opinión de que estamos ante conceptos y factores distintos en donde cada uno tiene su propia identidad y finalidad. Queda también demostrado que para la ejecución de los adicionales así como para los trabajos a realizarse en las ampliaciones de plazo, son necesarios los GGV para cada supuesto porque no son lo mismo los GGV de un adicional que los GGV de una ampliación de plazo.

6.- En el presente caso, en distintos momentos la Entidad contratante no sólo distinguió y reconoció GGV del Contrato Principal, GGV de adicionales de obra y GGV de ampliaciones de plazo; sino que además las pagó. En efecto, en el cuadro denominado "Valorizaciones del Contrato Principal, Presupuestos Adicionales y Mayores Gastos Generales (contrato de Obra N° 049-2012-MTC/20)" presentado por la Entidad mediante escrito de fecha 17.09.2013, se puede apreciar que en el mes de abril de 2013 la Entidad reconoció y pagó GGV del contrato principal, GGV de los presupuestos adicionales N° 02, 03, 05 y 06 así como GGV de las ampliaciones de plazo N° 02, 03, 04, 05 y 06.

7.- Ahora bien, para seguir con el análisis es necesario precisar que en el presente caso, el Adicional N° 07 afectó la ruta crítica, situación que generó el desplazamiento del final del contrato a fecha posterior a la establecida en el contrato original. Así lo reconoce expresamente la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 en la parte considerativa de la misma en donde señala que "*De acuerdo a lo informado por el Supervisor, es procedente aprobar la Ampliación de Plazo N° 09 por noventa y seis (96) días calendario, en razón a que la ejecución de la Prestación Adicional de Obra N° 07 afecta a la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente, trasladándose la fecha de finalización de la misma al 26.04.2014,...*". Cabe recordar que el plazo anterior era el 16.01.2014. No se trata pues de cualquier adicional toda vez que tiene una característica esencial que es la de afectar la ruta crítica del contrato.

Asimismo, de los escritos presentados y de las audiencias realizadas se deduce que en este caso durante el periodo ampliado, se hicieron trabajos referidos a partidas del Contrato Original.

8.- Este Colegiado entiende que en el presente caso en que la aprobación del Adicional N° 07 afecta la ruta crítica del calendario de obra, la aprobación de la ampliación de plazo N° 09 no se hace para realizar trabajos propios y exclusivos del Adicional N° 07; en sentido estricto, dicha ampliación se da para atender los trabajos que se generan como consecuencia del mencionado Adicional que afecta la ruta crítica. Como hemos referido, en el plazo ampliado se trabajaron partidas del contrato principal, pues la aprobación del Adicional N° 07 hizo que la ejecución de partidas del referido contrato principal se desplazaran al periodo ampliado.

Por ello es que resulta coherente que en este caso el reclamo de la Contratista esté referido al reconocimiento de GGV del periodo ampliado y no al del periodo en el cual se ejecutó el Adicional N° 07, pues son dos conceptos y momentos distintos. En efecto, de acuerdo a la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 la Ampliación de Plazo N° 09 de 96 días va del 16 de enero al 22 de abril del 2014; mientras que la ejecución del Adicional N° 07 se da entre los meses de mayo y octubre del 2013.

9.- Por otro lado, el Tribunal considera necesario que en este caso se tenga presente también el Principio de Equilibrio Económico del Contrato. Considera el Colegiado que este principio está contenido en el artículo 202º del RLCE y se traduce en que en el Contrato Principal el contratista incluyó en su oferta el monto de los GGV por el plazo de ejecución de la obra, de manera tal que cualquier modificación de dicho plazo que no sea imputable a él trae consigo un desequilibrio económico. Por eso es que, con la finalidad de mantener el equilibrio contractual, el RLCE establece que cuando se amplía el plazo del contrato se incrementan también los GGV; y en sentido contrario, cuando el plazo de la ejecución contractual se reduce, dichos gastos también se reducen materializándose en los denominados menores gastos generales variables. Por ello es que no queda duda alguna que a toda ampliación de plazo, le corresponde mayores gastos generales. Por lo que a la ampliación de plazo N° 09 que tiene su origen en el Adicional N° 07, le corresponden GGV propios. De lo contrario, las prestaciones y derechos del contratista no guardarían una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad atentando, también, contra el Principio de Equidad establecido en el literal I) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

10.- No obstante las consideraciones técnicas y legales señaladas anteriormente, en el presente caso la Entidad mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 otorgó a la Contratista una ampliación de plazo de 96 días sin reconocimiento de mayores gastos generales variables amparándose en lo

dispuesto en el artículo 202º del RLCE. Sobre lo establecido en este artículo volveremos más adelante.

**11.-** Entre otros argumentos, en su contestación de demanda la Entidad alega que no es procedente otorgar dichos gastos al periodo ampliado porque el Adicional N° 07 que es la causal, fue aprobado con GGV. Precisa que dicho monto asciende a la suma de S/. 1'205,089.55, el mismo que ya ha venido pagando en las correspondientes valorizaciones de obra de dicho adicional; por lo tanto, indica que se observa que el Contratista pretende cobrar nuevamente por un concepto reconocido por la Entidad y que viene siendo pagado puntualmente.

**12.-** Sobre esto último, el Tribunal considera necesario precisar que la configuración de un doble pago por parte de la Entidad supondría que en ambas situaciones se incida sobre el mismo concepto técnico y legal, es decir, que el pago por GGV del Adicional N° 07 corresponda también a los GGV de la Ampliación N° 09. En el presente caso esto no se da porque estamos ante situaciones consustancialmente distintas entre sí. En efecto, de acuerdo a la demanda y a los alegatos presentados, lo que el contratista reclama es el reconocimiento y pago de mayores GGV del periodo ampliado, esto es, de la Ampliación de Plazo N° 09 y no el reconocimiento y pago de GGV del Adicional 07 que ya fue reconocido por la Entidad y que no es objeto de controversia. Por lo tanto, el Colegiado concluye que en este caso no se configura el supuesto del doble pago.

**13.-** Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, en esta primera parte el Tribunal llega a la conclusión de que a la Ampliación de plazo N° 09 le corresponden sus propios Gastos Generales Variables. Pues como hemos referido:

- Existen GGV del Contrato Principal, GGV del Adicional y GGV de Ampliaciones de Plazo. Cada uno de ellos tiene su propia identidad y están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, por lo que pueden aparecer a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.
- Justamente porque son distintos y porque cada uno tiene su propia identidad y cumple objetivos concretos, en el presente caso el monto aprobado por la Entidad como GGV del Adicional N° 07 ascendente a S/. 1'205,089.55 (que según ella cubriría los GGV de la Ampliación de Plazo N° 09); difiere del monto peticionado por el Contratista por concepto de GGV de la Ampliación de Plazo N° 09 ascendente a S/. 3'641,188.80. Como

repetimos, esto es así, porque estamos ante cuestiones y conceptos distintos en donde cada uno tiene su propia identidad y finalidad.

- Es relevante tener presente que el Adicional N° 07 afecta la ruta crítica de la ejecución del Contrato Principal por lo que la ejecución de partidas del mencionado Contrato, se desplazaron al periodo ampliado. En otras palabras, en el plazo ampliado se trabajaron partidas del contrato principal.
- El no reconocimiento de los GGV propios de la Ampliación de Plazo N° 09 solicitada a partir de la aprobación del Adicional N° 07, atentaría contra el Principio de Equilibrio Económico del Contrato porque conllevaría a que sea el contratista el que asuma los GGV que demandó la realización de obras de partidas del Contrato Principal que se ejecutaron en el período ampliado, no obstante que esta situación se genera por razones ajenas al contratista.
- El reconocimiento de GGV de la ampliación de plazo N° 09, no supone un doble pago al contratista toda vez que se tratan de situaciones distintas: por un lado están los GGV del Adicional N° 07 que no se encuentra en controversia; y por otro, los GGV de la Ampliación de plazo N° 09 cuyo reconocimiento y pago reclama el contratista.

**14.-** En segundo lugar, el Tribunal considera que teniendo en cuenta los argumentos técnicos y legales desarrollados anteriormente, una interpretación y aplicación literales del primer párrafo de Artículo 202° del RLCE, no ayuda a dar una solución integral y justa a la presente controversia.

Como ya se ha visto, la Entidad mediante Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 otorgó a la Contratista una ampliación de plazo de 96 días sin reconocimiento de mayores gastos generales variables amparándose en una interpretación literal de lo dispuesto en la última parte del primer párrafo del artículo 202° del RLCE, el mismo que establece lo siguiente: “*Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos*” (subrayado nuestro).

**15.-** En opinión de este Tribunal en el presente caso no es correcta ni suficiente una interpretación y aplicación literales de este artículo porque:

- (i) Resulta anti técnico, pues no es concordante con la razonabilidad técnica de los conceptos desarrollados como son los GGV del Adicional y GGV de

la Ampliación de plazo. En efecto, como ya se ha señalado desde los puntos de vista legal y técnico, tanto el contrato principal como los adicionales y las ampliaciones de plazo tienen GGV específicos por tratarse de situaciones distintas con identidad y finalidad propias.

En el presente caso el Adicional N° 07 afectó la ruta crítica de la ejecución del contrato principal trayendo como consecuencia que la ejecución de algunas partidas de dicho contrato se realice en el plazo ampliado. Por ello es que la ampliación de plazo N° 09 tiene que contener GGV para poder afrontar los trabajos que se realizan en el nuevo periodo ampliado en el que están comprendidos partidas del contrato principal. Por lo demás, no se encuentra en discusión los GGV del Adicional N° 07 que están bien dados y deben aplicarse a los gastos que genera dicho adicional porque le son inherentes. Lo que reclama el contratista y está en controversia son los GGV del periodo ampliado N° 09.

- (ii) Genera una situación irregular e injusta toda vez que al no reconocer los GGV de la Ampliación de Plazo N° 09 bajo el argumento de que no es necesario porque el Adicional N° 07 que lo genera ya cuenta con GGV, se condena al contratista a asumir dichos gastos que han sido dados por situaciones no imputables a su accionar dejándole en una situación complicada desde el punto de vista económico y de indefensión desde la perspectiva legal.
- (iii) Atenta contra el equilibrio económico que rige a la Contratación Pública. Como ya hemos referido anteriormente, teniendo presente lo prescrito en la primera parte del primer párrafo del artículo bajo análisis, no queda duda que a toda ampliación de plazo le corresponde mayores gastos generales; de lo contrario las prestaciones y derechos del contratista en el presente caso no guardarían una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad que es el sustento del Principio de Equidad establecido en el literal I) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado.

**16.-** Como puede verse, la interpretación literal del primer párrafo del referido artículo 202º del RLCE tienen serias limitaciones. Por ello, este Colegiado opta por una interpretación más amplia y sistemática del artículo en mención de manera tal que podamos dar una solución integral y justa a la controversia que es el objeto del Derecho y nos permita, además, armonizar y dar coherencia a todos los conceptos y principios que se encuentran en el presente caso.

**17.-** En ese orden de ideas avancemos en el análisis de los alcances de la norma en cuestión. Ayuda en el presente caso contemplar el criterio de jerarquía

de las normas. Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio de equilibrio económico del contrato que es aplicable al caso tiene su fundamento en el principio de Equidad establecido en el literal I) del artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo N° 1017; y el primer párrafo del artículo 202º del RLCE es una norma de menor jerarquía, debe optarse por la Ley.

Este razonamiento resulta pertinente porque, como hemos señalado, en las Contrataciones Públicas es sustancial la aplicación de este Principio de Equilibrio Económico que tiene su sustento técnico y amparo legal. Caso contrario estaríamos ante situaciones de incertidumbre cuando sean necesarios los adicionales o ampliaciones de plazo durante el tiempo que transcurre desde el inicio hasta el término de una obra. Asimismo, no aplicar este principio en este caso conllevaría a generar una situación injusta para el contratista toda vez que se le condena a que asuma los GGV de la ampliación de plazo N° 09 sin que este hecho se haya generado por su accionar.

**18.-** Sin embargo, lo anterior no es suficiente. Conviene también evidenciar que el primer párrafo del artículo 202º del RLCE por un lado trae una regla general referida a que en los contratos de obra todas las ampliaciones de plazo dan lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables, y por otro, establece una excepción cuando se trata de adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

Una regla general del Derecho es que el derecho de excepción (*ius singulari*) debe interpretarse siempre de manera restrictiva. Teniendo en cuenta este principio es necesario dilucidar entonces en qué casos es aplicable la excepción establecida en el artículo en análisis. Es entonces cuando se hace necesario recurrir a la interpretación sistemática, integral que nos permite situarnos de manera adecuada ante una salida justa y equitativa. En esa dirección y teniendo en cuenta los argumentos técnicos y legales analizados hasta ahora, podemos afirmar que la excepción prevista en la última parte del primer párrafo del artículo 202º del RLCE sólo puede darse cuando el adicional sobreviene a la conclusión de la obra principal y no, como en el presente caso, cuando se aprueba y ejecuta durante la ejecución de la referida obra. En este supuesto es claro que el adicional cuenta con presupuesto específico para los trabajos que genera su ejecución y no contempla otros porque la obra ya concluyó. Entonces la excepción es correctamente aplicable.

En sentido contrario, en el presente caso la excepción no puede ser aplicable porque la obra aún no concluyó cuando se aprobaron el adicional N° 07 y la

ampliación de plazo N° 09; y además, porque en el periodo ampliado se realizaron trabajos de algunas partidas del contrato principal.

Interpretar de otra manera supondría infringir normas referidas al equilibrio económico de los contratos de obra así como ir contra las diferencias establecidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a los GGV del contrato original, los GGV de los adicionales y los GGV de las ampliaciones de plazo.

Por estas consideraciones, el Tribunal concluye que en el presente caso no es aplicable la excepción prevista en la última parte del primer párrafo del artículo 202° del RLCE.

**19.-** Asimismo el colegiado considera necesario precisar que la interpretación sistemática del primer párrafo del artículo 202° del RLCE hecha teniendo en cuenta las consideraciones técnicas y legales expuestas, no transgrede principios que rigen la contratación pública ni las normas que regulan el reconocimiento y pago de adicionales y ampliaciones de plazo.

**20.-** En tercer lugar, el contratista solicita en su escrito de demanda que se reconozca y ordene pagar el íntegro de los gastos generales variables derivados de los 96 días de ampliación de plazo que fueron concedidos por la Entidad Contratante, a través de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, los cuales ascienden a la suma neta de S/.3'641,188.80 más el I.G.V., monto al que se le deberá añadir los reajustes e intereses que correspondan hasta la fecha efectiva de su cancelación.

Respecto al monto, el demandante precisa que el gasto general diario del contrato asciende a la suma neta de S/. 37,929.05 sin IGV, por lo que, se tiene que por los 96 días de ampliación de plazo derivados de su novena solicitud de ampliación de plazo, se obtiene por concepto de gastos generales, la suma neta de S/. 3'641,188.80. En todo caso, indica que el Tribunal deberá tener en cuenta que el gasto general diario antes mencionado, se obtuvo luego de dividir el gasto general variable previsto en su oferta económica, ascendente a la suma de S/.20'481,685.07 entre el plazo de ejecución de obra pactado en el contrato, ascendente a 540 días calendario; todo ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 203° del RCE aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Sobre este extremo el Tribunal considera que teniendo en cuenta que la ampliación de plazo N° 09 se genera a partir del reconocimiento del Adicional N° 07; asimismo, considerando que en el periodo ampliado se ejecutaron partidas del

contrato principal, y en aplicación del Principio de Equilibrio Económico del Contrato, resulta coherente que al monto solicitado por el contratista se le reste el monto reconocido por la entidad por concepto de GGV del Adicional N° 07 que equivale a S/. 1'205,089.55.

En consecuencia el monto que se reconoce al contratistas por concepto de GGV correspondientes a la ampliación de plazo N° 09 asciende a la suma de S/. 2'436,099.25, más el iGV, más los reajustes e intereses que corresponde de acuerdo a ley.

**B.- Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de 96 días.**

1.- Como consecuencia del reconocimiento de GGV a la ampliación de plazo N° 09, en los términos y condiciones expuestas en el anterior Punto Controvertido, el Tribunal determina que corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en el primer punto resolutivo de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de 96 días.

**C.- Costos y costas: Determinar a quién o a quienes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.**

1.- Sobre este particular, el Tribunal aprecia que ambas partes tienen razones y fundamentos atendibles para someter sus pretensiones a este proceso arbitral y que, además, a lo largo de las actuaciones del referido proceso, han actuado con buena fe y en estricto cumplimiento de las normas aplicables. Por estas consideraciones, el Colegiado considera que los costos y costas del proceso arbitral, deben ser asumidos por ambas partes.

## **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral LAUDA:

**EXCEPCION DE CADUCIDAD:** Infundada la Excepción de Caducidad

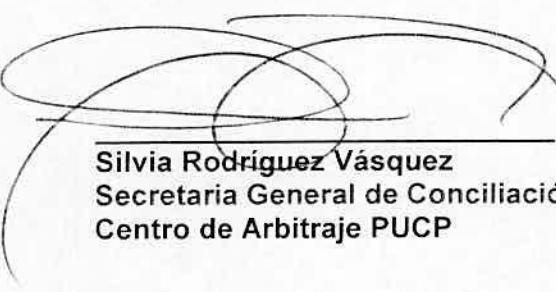
**PRIMERO:** Declarar fundada en parte el Punto Controvertido A) y en consecuencia reconocer al contratista los gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 09. Por lo que PROVIAS NACIONAL, deberá pagar a la contratista JJC Contratistas Generales S.A., la suma de S/. 2'436,099.25, más el IGV, más los reajustes e intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de su cancelación de acuerdo a ley.

**SEGUNDO:** Declarar fundada el Punto Controvertido B) y en consecuencia dejar sin efecto lo dispuesto en el Artículo Primero de la Resolución Directoral N° 522-2013-MTC/20 de fecha 24 de junio de 2013, en el extremo referido al no reconocimiento de los gastos generales por la ampliación de plazo N° 09 de noventa y seis (96) días calendarios.

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



**JORGE FÉLIX RENGIFO HERRERA**  
Árbitro



**Silvia Rodríguez Vásquez**  
Secretaría General de Conciliación y Arbitraje  
Centro de Arbitraje PUCP