

## LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. con PROVIAS Descentralizado dicta el Tribunal Arbitral conformado por la señora Diana Revoredo Lituma y por los señores Mario Manuel Silva López y Víctor Huayama Castillo.

**Número de Expediente de Instalación:** I 258-2013

**Demandante:** Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. (en lo sucesivo el Contratista)

**Demandado:** PROVIAS Descentralizado (en lo sucesivo la Entidad)

**Contrato:** Contrato de Ejecución de Obra N° 189-2012-MTC/21

**Monto del Contrato:** S/. 334,865.31

**Cuantía de la Controversia:** S/. 300,000.00

**Tipo y Número de Proceso de Selección:** Comparación de Precios por Proceso N° CI-24-2012-MTC/21-SHOPPING

**Tribunal Arbitral:** Sra. Diana Revoredo Lituma, Sr. Mario Manuel Silva López y Sr. Víctor Huayama Castillo.

**Secretaría Arbitral:** Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Antonella Quispe Valenzuela

**Monto neto de los honorarios del Tribunal Arbitral:** S/.33,000.00

**Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral:** S/.7,400.00

**Fecha de emisión del laudo:** 22 de marzo del 2016

**Nº de Folios:** 67

**Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):**

- |                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> | Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato. |
| <input type="checkbox"/>            | Resolución del contrato.                                      |
| <input checked="" type="checkbox"/> | Ampliación del plazo contractual.                             |

- |                                     |                                       |
|-------------------------------------|---------------------------------------|
| <input checked="" type="checkbox"/> | Indemnización por daños y Perjuicios. |
| <input type="checkbox"/>            | Enriquecimiento sin causa.            |
| <input type="checkbox"/>            | Adicionales y reducciones.            |

<input type="checkbox"/>	Defectos o vicios ocultos.	<input type="checkbox"/>	Adelantos.
<input type="checkbox"/>	Formulación, aprobación o valorización de metrados.	<input type="checkbox"/>	Penalidades.
<input type="checkbox"/>	Recepción y conformidad	<input type="checkbox"/>	Ejecución de garantías.
<input checked="" type="checkbox"/>	Mayores gastos generales.	<input type="checkbox"/>	Devolución de garantías
<input type="checkbox"/>	Otros: Liquidación final de contrato de obra.		

### **Resolución N° 30**

En Lima, a los 22 días del mes de marzo del 2016, el Tribunal Arbitral luego de llevar a cabo las actuaciones del proceso de conformidad con la ley y con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones interpuestas, dicta el siguiente laudo para poner fin a las controversias que las partes han sometido a su conocimiento.

#### **I. ANTECEDENTES**

- 1.1. El 18 de junio del 2012 las partes celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 189-2012-MTC/21. En adelante, nos referiremos a este contrato como "el Contrato de Obra".
- 1.2. El 26 de junio del 2013, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, los miembros del Tribunal Arbitral, señores Víctor Huayama Castillo, Diana Revoredo Lituma y Mario Manuel Silva López, la representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE y el representantes de la Entidad, participaron en la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", se fijaron las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de derecho.
- 1.3. Así también, en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales SRL, quien a su vez designó como secretaria a cargo a la Sra. Carmen Antonella Quispe Valenzuela.

## **II. LO ACTUADO EN EL PROCESO**

- 2.1. El 23 de julio del 2013, el Contratista presentó su demanda solicitando, entre otras pretensiones, se deje sin efecto la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra, se le conceda las solicitudes de ampliación de plazo, más el pago de los mayores gastos generales.
- 2.2. Mediante Resolución N° 1 del 6 de agosto del 2013 se admitió a trámite la demanda del Contratista, teniendo por ofrecidos sus medios probatorios, y se corrió traslado de ella a la Entidad para que en quince días hábiles presente su contestación de demanda y, de ser el caso, en el mismo acto, formule reconvención.
- 2.3. Con el escrito del 4 de septiembre del 2013 la Entidad dedujo excepciones, formuló objeciones al arbitraje, contestó la demanda, e interpuso reconvención, ofreciendo sus medios probatorios, los cuales fueron adjuntados con su escrito presentado el 6 de septiembre del 2013. Con la Resolución N° 2 del 10 de septiembre del 2013 se tuvo por contestada la demanda, por deducidas las excepciones, y por interpuesta la reconvención, corriendo traslado al Contratista para que la conteste dentro del plazo de quince días.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 3, del 19 de noviembre del 2013, se declaró que el Contratista no absolvio los traslados conferidos mediante la Resolución N° 2, ni contestó la reconvención. En esta misma resolución se suspendió el proceso por la falta de pago de los honorarios del Tribunal y de la secretaría arbitral.
- 2.5. Con el escrito del 23 de diciembre del 2013 la Entidad solicitó el archivo del proceso ante la falta de pago de los costos arbitrales. El Contratista, con el escrito presentado el 7 de enero del 2014 solicitó se le permita pagar los costos arbitrales en la proporción que le correspondía en dos cuotas.

Mediante la Resolución N° 4, dictada el 10 de enero del 2014, el Tribunal decretó el término de las actuaciones arbitrales, el cese de sus funciones y el archivo de los actuados sin la emisión de laudo por falta de pago de los honorarios arbitrales.

Empero, el 22 de enero del 2014 la Entidad solicitó la continuación del proceso. Ante ello, la Resolución N° 5, del 27 de enero del 2014, corrió traslado al Contratista para que dentro de cinco días exprese lo conveniente a su derecho.

El Contratista, con el escrito presentado el 20 de febrero del 2014, aceptó la continuación del proceso y expresó que los honorarios serían pagados en dos partes, la primera a fines de febrero y la segunda cuota a fines de marzo del 2014.

En tal sentido, ante el pedido formulado por ambas partes, el Tribunal mediante la Resolución N° 6, del 21 de febrero del 2014, dejó sin efecto la Resolución N° 4, en el extremo que decretó el término de las actuaciones arbitrales, el cese de sus funciones y el archivo de los actuados.

- 2.6. El 5 de junio del 2014 se emitió la Resolución N° 8 que, entre otros aspectos, convocó a las partes a la audiencia de fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios para el 26 de junio del 2014.

La audiencia se llevó a cabo en la fecha prevista y en ella el Tribunal estableció que las excepciones de caducidad formuladas por la Entidad en contra de las pretensiones principales A, B, C, D y E de la demanda serían resueltas en un momento posterior, inclusive en el momento de laudar, disponiendo que la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, deducida por la Entidad, sería resuelta en esa misma audiencia.

De este modo, en la citada audiencia se emitió la Resolución N° 11, declarando infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda deducida por la Entidad.

En la audiencia se emitió también la Resolución N° 12 declarando improcedente el cuestionamiento de la Entidad respecto de la acumulación de las pretensiones E y G de la demanda.

Seguidamente, el Tribunal fijó los puntos controvertidos tanto de la demanda como de la reconvenCIÓN, admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes y las convocó a la audiencia de ilustración de posiciones para el 5 de agosto del 2014.

La Entidad interpuso reconsideración en contra de las Resoluciones N° 11 y 12, concediéndole cinco días para que sustente sus impugnaciones. Tales reconsideraciones fueron declaradas infundadas mediante la Resolución N° 14 dictada el 4 de agosto del 2014.

- 2.7. El 5 de agosto del 2014 se llevó a cabo la audiencia de ilustración de posiciones en la que, luego de escuchar a las partes, el Tribunal les concedió diez días hábiles para que presenten las pruebas adicionales que acrediten sus posiciones.

- 2.8. Mediante escrito del 2 de setiembre del 2014, el Contratista acumuló tres pretensiones adicionales. Mediante la Resolución N° 15 se corrió traslado de ese pedido, siendo que la Entidad se opuso a la acumulación mediante escrito presentado el 19 de setiembre del 2014. Mediante la Resolución N° 16, dictada el 26 de setiembre del 2014, se desestimó la oposición de la Entidad y se accedió al pedido del Contratista y se le otorgó quince días para que fundamente sus pretensiones acumuladas. Con el escrito presentado el 11 de octubre del 2014 el Contratista fundamentó sus pretensiones acumuladas, por lo que mediante la Resolución N° 17, del 27 de octubre del 2014, se admitió a trámite la acumulación de pretensiones, y se corrió traslado a la Entidad para que en el plazo de quince días presente su contestación.

La Entidad contestó la acumulación de pretensiones mediante su escrito N° 9 presentado el 18 de noviembre del 2014.

El 10 de diciembre del 2014 se emitió la Resolución N° 18, teniendo por contestada la acumulación. En la misma resolución se fijaron los puntos controvertidos provenientes de la acumulación de pretensiones del Contratista, citando a las partes a una segunda audiencia de ilustración de posiciones para el 20 de enero del 2015. Dicha audiencia se llevó a cabo en la fecha prevista.

- 2.9. El 30 de julio del 2015 se emitió la Resolución N° 22 suspendiendo el proceso por veinte días hábiles ante la falta de pago del segundo anticipo de honorarios previsto en la Resolución N° 19 del 21 de enero del 2015. Luego que el Contratista acreditara el pago de la parte que le correspondía, mediante la Resolución N° 23, del 30 de setiembre del 2015, se levantó la suspensión del proceso, se requirió a la Entidad para que asuma el pago de los honorarios en la parte que le correspondía, se declaró cerrada la etapa probatoria y se concedió a las partes cinco días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.
- 2.10. Con el escrito presentado el 19 de octubre del 2015 la Entidad presentó sus alegatos y con escrito presentado en la misma fecha el Contratista se reservó el derecho de exponer sus alegatos en la audiencia de informes orales. Mediante la Resolución N° 25 del 26 de octubre del 2015 se tuvo presente los alegatos presentados por la Entidad y la reserva formulada por el Contratista, citándolos a la audiencia de informes orales para el 4 de diciembre del 2015.
- 2.11. El 4 de diciembre del 2015 se llevó a cabo la audiencia de informes orales, en la que se dio cuenta del escrito presentado el mismo día por el Contratista con el que varió la pretensión de su demanda y con el que ofreció cinco documentos en calidad de medios probatorios.

Atendiendo lo previsto en el numeral 29 del Acta de Instalación y en la Resolución N° 23, el Tribunal emitió la Resolución 26 declarando improcedente la variación de la pretensión por parte del Contratista, pues ya la etapa probatoria se encontraba cerrada, y teniendo por no presentados los medios probatorios ofrecidos con el escrito del 4 de diciembre (no adjuntados a dicho escrito). En la misma resolución el Tribunal requirió por última vez a la Entidad para que en veinte días cumpla con acreditar el pago de los honorarios en la parte que le corresponde.

Luego de ello, se concedió el uso de la palabra al Contratista y a la Entidad, quienes sustentaron oralmente sus posiciones. Seguidamente, el Tribunal dispuso el cierre de la instrucción

- 2.12. Mediante la Resolución N° 27 dictada el 31 de diciembre del 2015, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios del tribunal y de la secretaría arbitral en la parte que concernía a la Entidad y se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir de notificada dicha resolución, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Tribunal Arbitral. Se indicó que luego de emitido el laudo la secretaría arbitral contaría con cinco días adicionales para notificarlo.
- 2.13. Mediante Resolución N° 29, del 3 de febrero del 2016, se prorrogó en treinta días hábiles el plazo para laudar, por lo que el plazo vence indefectiblemente el 29 de marzo del 2016.
- 2.14. En lo referente a los costos arbitrales, fueron fijados en el numeral 47 del Acta de Instalación en S/.6,000.00 netos para cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral, y en S/. 3,900.00, más el Impuesto General a las Ventas, para la secretaría arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos. Mediante la Resolución N° 19 se estableció un segundo anticipo de honorarios en virtud de las pretensiones acumuladas por el Contratista y de las pretensiones reconvenidas por la Entidad, fijándose un honorario adicional de S/.5,000.00 para cada uno de los árbitros y S/.3,500.00 para la secretaría arbitral. Las partes han asumido el pago de estos costos arbitrales en proporciones iguales.

### **III. HECHOS RELEVANTES Y NORMATIVIDAD APLICABLE**

De lo expresado por el Contratista y por la Entidad se tienen los siguientes hechos relevantes:

- 3.1. El 18 de junio del 2012 las partes celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 189-2012-MTC/21 para el mantenimiento periódico del camino vecinal Acovichay – Paria – Wilcahuain – Yanacancha – Llupa – Unchus – Nueva Florida, en la provincia de Huaraz, departamento de Ancash. En adelante, nos referiremos a este contrato como "el Contrato de Obra". La Obra debía ser ejecutada en un plazo de 60 días calendario, por la suma de S/.334,865.31, incluido el IGV. Así consta en las cláusulas segunda, décimo primera y décimo segunda del Contrato de Obra.
- 3.2. El Contrato de Obra fue celebrado luego de quedar consentida la buena pro otorgada al Contratista en el proceso mediante Comparación de Precios por Proceso N° CI-24-2012-MTC/21-SHOPPING, bajo las normas y procedimientos de contratación establecidas según los contratos de préstamo N° 1810/OC-PE-BID y N° 7423-PE-BIRF suscritos entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento –BIRF y el Gobierno de la República del Perú; así consta en la cláusula primera del Contrato de Obra.
- 3.3. Uno de los aspectos controvertidos del proceso consiste en determinar el grado y el orden de prelación que las normas de contratación pública previstas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento deben ser aplicados al caso analizado. Estos aspectos serán analizados en el acápite VI de este laudo; por el momento resulta necesario remarcar que el Contrato de Obra (y el proceso de selección del cual se deriva) fue celebrado cuando se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, y de su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF), vigentes a partir del 1 de febrero del 2009.

- 3.4. En consecuencia, en la evaluación y análisis de los fundamentos invocados por las partes, y en la solución de la controversia, el Colegiado aplicará las estipulaciones acordadas en el Contrato de Obra (y los documentos que forman parte integral del mismo) y supletoriamente la normatividad de contratación pública vigente a la fecha en la que se convocó el proceso de selección, dando con ello cumplimiento a lo estipulado en la cláusula novena del Contrato de Obra que dispone:

**«NOVENA: APLICACIÓN SUPLETORIA:**

*Será de aplicación supletoria al presente Contrato en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el mismo que sirva para aclarar hechos y crear derechos, la Ley de Contrataciones del Estado D.L. N° 1017 y su Reglamento, D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado».*

**IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS**

- 4.1. En la audiencia llevada a cabo el 26 de junio del 2014 el Tribunal fijó los siguientes puntos controvertidos en función de las pretensiones contenidas en la demanda del 23 de julio del 2013 y en la reconvención del 4 de septiembre del 2013:

**De la demanda:**

1. «Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21 recibida el 03.09.2012 mediante la cual la Entidad aprobó la Ampliación de Plazo N° 01 sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales; y, en consecuencia, determinar si corresponde o no, se le reconozca y pague los mayores gastos reales por la suma de S/.3,495.89, más lo reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.
2. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o

*ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 943-2012-MTC/21 recibida el 21.09.2012 mediante la cual la Entidad aprobó la Ampliación de Plazo N° 02 sin el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales; y, en consecuencia, determinar si corresponde o no, se le reconozca y pague los mayores gastos reales por la suma de S/.4,112.81, más lo reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.*

3. *Determinar si corresponde o no declarar la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 03 por silencio positivo; y, en consecuencia, determinar si corresponde o no se le otorgue al Contratista los ocho (08) días solicitados con Carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ recibido el 24.09.12 y, se le reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto de S/.1,645.13, más lo reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.*
4. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21 recibida el 18.10.2012 mediante la cual la Entidad declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 04, y, en consecuencia, determinar si corresponde o no se le otorgue al Contratista los veinte (20) días calendario solicitados mediante carta N° 50-2012-HRC-GG-HZ recibido el 03.10.12 y se le reconozca y pague los mayores gastos reales por la suma de S/.4,112.81, más lo reintegros e intereses que se generen hasta la fecha de pago.*
5. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 recibida el 27.11.2012 mediante la cual la Entidad resolvió el Contrato.*
6. *Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad reconozca y pague la suma de S/.30,000.00 más intereses legales hasta la fecha de pago por concepto de daños y perjuicios correspondiente al daño emergente en el mayor costo de las pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y de materiales, así como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, los gastos por pagos al personal administrativo y técnico así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías.*
7. *Determinar si corresponde o no que la Entidad asuma las*

*costas y los costos arbitrales, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.*

**De la reconvención:**

8. *Determinar si corresponde o no declarar que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 ha quedado consentida.*
9. *En caso se desestime la primera pretensión principal de la Entidad, determinar si corresponde o no declarar la validez de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21.*
10. *Como primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no disponer la ejecución de las garantías otorgadas conforme al artículo 170º RLCE y cláusula 33.4 del contrato.*
11. *Como segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no ordenar al Contratista el pago de S/.31,500.00 por concepto de indemnización de los daños y perjuicios generados por la resolución del contrato conforme al artículo 170º RCLE y cláusula 33.4 del contrato.*
12. *Determinar si corresponde o no declarar que las ampliaciones de plazo que se otorguen no generan el reconocimiento de mayores gastos generales debido que el Contrato es financiado por los Contratos de BID y BIRF.»*

- 4.2. Asimismo, atendiendo la acumulación de las nuevas pretensiones formuladas por el Contratista mediante el escrito del 2 de septiembre del 2014 (sustentadas mediante escrito del 17 de octubre del 2014), mediante la Resolución N° 18, dictada el 10 de diciembre del 2014, el Tribunal fijó los puntos controvertidos correspondientes a tales pretensiones acumuladas, siendo éstos los siguientes:

**«Puntos Controvertidos de las acumulaciones de las nuevas pretensiones de Hinostroza Rodríguez Contratista SRL:**

- 13) *Determinar si corresponde o no declarar que las controversias a resolverse en el presente proceso arbitral es de observancia y aplicación obligatoria tanto el D. LEG N°1017, Ley de Contrataciones del Estado; puesto que los Contratos de Financiamiento N° 1810/OC-PE-BID, suscrito con el Banco*

*Interamericano de Desarrollo; y, N° 7423-PE-BIRF, suscritos con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento son aplicables al convenio.*

- 14)** *Determinar si corresponde o no establecer y determinar que las controversias relativas a las Ampliaciones de Plazo; así como, el reconocimiento de Mayores Gastos Generales deben ser resueltos y evaluados conforme a lo dispuesto en el D.S N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ser ilegal la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 y contravenir lo dispuesto por la Ley; así como, su Reglamento.*
- 15)** *Determinar si corresponde o no declarar que la nulidad de las notificaciones de las Ampliaciones de Plazo N° 01, 02, 03 y 04, ello al contravenir lo dispuesto en el artículo 20º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.»*

- 4.3. En consecuencia, el análisis y resolución de estos puntos controvertidos permitirá emitir un adecuado pronunciamiento sobre las pretensiones interpuestas tanto por el Contratista como por la Entidad.
- 4.4. De modo previo al análisis de los puntos controvertidos relacionados con las pretensiones presentadas por las partes al proceso, corresponde resolver las excepciones que la Entidad ha deducido lo cual se efectuará en el acápite siguiente.

**V. ¿CORRESPONDE DECLARAR FUNDADAS LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD PROPUESTAS POR LA ENTIDAD?**

- 5.1. El 4 de septiembre del 2013 la Entidad propuso las excepciones de caducidad en contra de cinco pretensiones del Contratista contenidas en su escrito de demanda presentado el 23 de julio del 2013.
- 5.2. Las pretensiones en contra de las cuales la Entidad ha propuesto las excepciones de caducidad son las siguientes:

**«A). Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N°825-2012-MTC/21, recibida el 03.09.12, en la misma que la entidad contratante, aprueba la Ampliación de Plazo N°01, sin el reconocimiento de los mayores gastos Generales; en consecuencia se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/. 3,495.89 (tres mil cuatrocientos noventa y cinco y 89/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.**

**B). Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N°943-2012-MTC/21, recibida el 21.09.12, en la misma que la entidad contratante, aprueba la Ampliación de Plazo N°02, sin el reconocimiento de los mayores gastos Generales; en consecuencia se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/. 4,112.81 (cuatro mil ciento doce y 81/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.**

**C). Se declare la probación por silencio positivo de la Ampliación de Plazo N°03; en consecuencia se nos otorgue los 08 (ocho) días solicitados con carta N°46-2012-HRC-GG-HZ, recibido el 24.09.12, al amparo del artículo 201º, del D.S. N°184-2008, reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/.1,645.13 (un mil seiscientos cuarenta y cinco y 13/100 Nuevo soles), al amparo del artículo 202º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.**

**D). Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N°1033-2012-MTC/21, recibida el 18.10.12, en la misma que la entidad contratante, declara improcedente la Ampliación de Plazo N°04; en consecuencia se nos otorgue los veinte (20) días calendarios, solicitados mediante carta N°50-2012-HRC-GGHZ, recibido el 03.10.12, al amparo del artículo 201º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/. 4,112.81 (cuatro mil ciento doce y 81/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen**

*hasta la fecha de pago.*

**E).** *Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución Directoral N°1229-2012-MTC/21, recibido el 27.11.12, en la misma que la entidad contratante, ilegalmente nos resuelva el contrato, carecer de asidero legal y no haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 169º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.»<sup>1</sup>*

- 5.3. Conforme se observa de la cita precedente el Contratista pretende que el Tribunal deje sin efecto las resoluciones directoriales emitidas por la Entidad en los extremos que no le reconocen el pago de los gastos generales y, en otros casos, en los extremos que no concedieron el plazo solicitado por el Contratista. En la quinta pretensión de la demanda (la llamada pretensión "E") el Contratista pretende se deje sin efecto "y/o" nula la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra.
- 5.4. Los argumentos invocados por la Entidad son los siguientes:
- (i) En la solicitud de arbitraje del 21 de diciembre del 2012 el Contratista solicitó el arbitraje únicamente respecto de la resolución del contrato, más no respecto de las ampliaciones de plazo N° 1, 2, 3 y 4.
  - (ii) Las resoluciones directoriales cuestionadas por el Contratista fueron oportunamente notificadas en el año 2012 siendo que «*el contratista no peticionó el arbitraje dentro de 15 días hábiles posteriores a la notificación de las mencionadas comunicaciones; por tanto, ha caducado su derecho para cuestionar las mismas.*»<sup>2</sup>
  - (iii) El artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que todos los plazos previstos en ella son de caducidad, mientras que el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que «*cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de*

<sup>1</sup> Ibidem, pág. 2. El subrayado y las negritas son del texto citado. El subrayado y las negritas son del texto citado.

<sup>2</sup> Escrito de la Entidad presentado el 04/09/2013, pág. 3. El subrayado y las negritas son del texto citado.

- ampliación de plazo podrá ser sometida a arbitraje dentro de los 15 días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.»<sup>3</sup>*
- (iv) El Contratista, «*luego de más de 10 meses de notificado con los pronunciamientos de la Entidad cuestiona los mismos.» «En consecuencia, habiendo caducado el plazo (sic) para cuestionar los pronunciamientos de la Entidad [...] solicitamos declarar fundada nuestra excepción de caducidad y archivar el arbitraje respecto de las mencionadas pretensiones principales "A", "B", "C" y "D"»<sup>4</sup>.*

- 5.5. Tal como lo fue declarado en la Resolución N° 3, del 19 de noviembre del 2013, el Contratista no absolvió las excepciones propuestas por la Entidad. Tampoco ha expresado algo sobre el tema en el escrito de alegatos presentado el 4 de diciembre del 2015.
- 5.6. La excepción de caducidad propuesta por la Entidad contra las pretensiones "A", "B", "C" y "D", tiene que ver con el plazo previsto en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que en su párrafo final dispone que «*Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión»<sup>5</sup>.* Según lo establecía el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el plazo de quince días para iniciar el arbitraje ante una denegatoria de una solicitud de ampliación de plazo era un plazo de caducidad. En efecto la norma comentada establecía que «*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley».*

<sup>3</sup> Ibídem, pág. 2. El subrayado y las negritas son del texto citado.

<sup>4</sup> Ibídem, págs. 3 y 4.

<sup>5</sup> Salvo que expresamente se señale lo contrario, las citas que en este laudo se hace de las normas de la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento corresponden a las que estuvieron vigentes en el momento en que se convocó el proceso de selección del cual se deriva el Contrato de Obra, conforme ha sido resaltado en el fundamento 3.3 del laudo.

- 5.7. Sin embargo, como es sabido, la Ley de Contrataciones del Estado en su versión inicial no contemplaba un plazo de caducidad específico para las controversias relacionadas con las ampliaciones de plazo. El artículo 52 de la Ley comentada disponía que el arbitraje debía solicitarse «*en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad».*

Si bien el artículo citado fue modificado por la Ley 29873, vigente a partir del 20 de septiembre del 2012, dicha modificación -que sí establece un plazo de caducidad expreso para las controversias referentes a las ampliaciones de plazo- no resulta aplicable a esta controversia pues no estuvo vigente en el momento en que se convocó al proceso de selección del cual se derivó el Contrato de Obra, ni tampoco estuvo vigente cuando el contrato fue celebrado.

- 5.8. Por ende, existen dos normas que establecen plazos de caducidad para las controversias analizadas. La primera está contenida en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado que dispone que se puede acudir al arbitraje «*en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato»*; mientras que la segunda está prevista en el artículo 215 del Reglamento que dispone que el plazo de quince días previsto en el artículo 201 es un plazo de caducidad.

Se trata entonces de normas de distinta jerarquía que sobre una misma situación establecen consecuencias y efectos distintos. Ante ello, el Tribunal Arbitral debe aplicar la norma de mayor jerarquía, esto es el

artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, pues así lo dispone el artículo 138 de la Constitución y porque además una institución jurídica como la caducidad cuyos efectos son tan severos sólo puede ser establecida por ley, tal como lo señala el artículo 2004 del Código Civil.

- 5.9. Siendo que el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establecía que las controversias, con excepción de las previstas en el artículo 50, debían ser sometidas a arbitraje «*en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato*», corresponde entonces determinar si las pretensiones "A", "B", "C" y "D" demandadas por el Contratista en su escrito del 23 de julio del 2013, han sido interpuestas antes de la culminación del Contrato de Obra.

En ese sentido, el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que «*Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales*

- 5.10. Atendiendo los puntos controvertidos del proceso, que han sido citados en el numeral 4.1 y 4.2, se tiene que el Contrato de Obra aún no ha culminado pues es la misma Entidad quien, vía reconvención, ha solicitado que se declare la validez de su decisión de resolver el contrato por causas atribuibles al Contratista, razón por la cual no podría haberse iniciado la etapa de liquidación final del Contrato de Obra, pues la

norma dispone que no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

- 5.11. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que la caducidad invocada por la Entidad no concurre en el presente caso por lo que la excepción que ha propuesto en contra de las pretensiones "A", "B", "C" y "D" debe ser desestimada.
- 5.12. De otro lado, la Entidad también ha propuesto la excepción de caducidad contra la quinta pretensión de la demanda –la pretensión "E"- invocando los siguientes argumentos:
- (i) El artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el D.S. 184-2008-EF «señala que en caso surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje dentro del plazo de **10 días hábiles** siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución de contrato habrá quedado consentida.»<sup>6</sup>
  - (ii) Refiere que el propio Contratista en su demanda indica que el 27 de noviembre del 2012 fue notificado con la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 con la que la Entidad resolvió el Contrato de Obra por causas imputables al Contratista. Alega que «habiendo caducado el plazo para cuestionar la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, la misma que ha quedado consentida, solicitamos declarar fundada nuestra excepción de caducidad y archivar el arbitraje respecto de la mencionada pretensión principal "E".»<sup>7</sup>
- 5.13. Respecto de la excepción propuesta, y tal como lo fue declarado en la Resolución N° 3, del 19 de noviembre del 2013, el Contratista no ha desarrollado ningún argumento. Tampoco ha expresado algo sobre el tema en el escrito de alegatos presentado el 4 de diciembre del 2015.

<sup>6</sup> Escrito de la Entidad presentado el 04/09/2013, pág. 4. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

<sup>7</sup> Ibídem, pág. 5. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

5.14. El artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone en su penúltimo párrafo que «*En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida*». La norma establece entonces que la falta de inicio de los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo de diez días hábiles determina que la resolución del contrato efectuada por una de las partes quede consentida. La norma no establece un plazo de caducidad, sino que regula una institución jurídica cuya naturaleza y efectos son distintos de los de la caducidad. Por ende, el Colegiado considera que la excepción propuesta por la Entidad en contra de la pretensión "E" de la demanda es infundada; ello sin perjuicio que el consentimiento aludido por la Entidad sea analizado por el Colegiado cuando evalúe el fondo de la pretensión demandada.

VI. **¿ES ILEGAL LA DIRECTIVA DE SUPERVISIÓN N° 003-2005-MTC/21? LA PRIMERA Y LA SEGUNDA PRETENSIONES ACUMULADAS POR EL CONTRATISTA Y LAS NORMAS APPLICABLES A LA CONTROVERSIAS.**

6.1. El Tribunal cuenta con la facultad de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden de las pretensiones presentadas al proceso, sino en función del orden que permita la mejor comprensión y análisis de la controversia en su conjunto. En ejercicio de esta facultad, el Colegiado emitirá su pronunciamiento empezando por el análisis de los puntos controvertidos N° 13 y 14 establecidos en la

Resolución N° 18, dictada el 10 de diciembre del 2014<sup>8</sup>. Y es que, de modo previo a la solución de los otros puntos controvertidos, corresponde determinar cuál es el grado de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por el D.S. 184-2008-EF y si la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 resulta ilegal por contravenir la citada ley y su reglamento, que es uno de los aspectos pretendidos por el Contratista en su escrito de acumulación de pretensiones del 2 de septiembre y sustentado mediante escrito del 17 de octubre del 2014. Estos aspectos serán analizados en los siguientes fundamentos.

- 6.2. Conforme se ha mencionado, el Contratista en su escrito del 2 de septiembre y sustentado mediante escrito del 17 de octubre del 2014, acumuló las siguientes pretensiones.

*«1). Que, vuestro Tribunal Arbitral, declare que las controversias a resolverse en el presente proceso arbitral es de observancia y aplicación obligatoria tanto el D. Leg. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado; así como el D. Leg. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado; así como el D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; puesto que los Contratos de Financiamiento N° 1810/OC-PE-BID, suscrito con el Banco Interamericano de Desarrollo; y, N° 7423-PE-BIRF, suscritos con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento son aplicables al Convenio.*

*2) Que, vuestro Tribunal Arbitral establezca y determine que las controversias relativas a las ampliaciones de plazo; así como, el reconocimiento de mayores gastos generales deben ser resueltos y*

<sup>8</sup> Estos puntos controvertidos son los siguientes:

**«Puntos Controvertidos de las acumulaciones de las nuevas pretensiones de Hinostroza Rodríguez Contratista SRL:**

- 13) Determinar si corresponde o no declarar que las controversias a resolverse en el presente proceso arbitral es de observancia y aplicación obligatoria tanto el D. LEG N°1017, Ley de Contrataciones del Estado; puesto que los Contratos de Financiamiento N° 1810/OC-PE-BID, suscrito con el Banco Interamericano de Desarrollo; y, N° 7423-PE-BIRF, suscritos con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento son aplicables al convenio.
- 14) Determinar si corresponde o no establecer y determinar que las controversias relativas a las Ampliaciones de Plazo; así como, el reconocimiento de Mayores Gastos Generales deben ser resueltos y evaluados conforme a lo dispuesto en el D.S N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ser ilegal la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 y contravenir lo dispuesto por la Ley; así como, su Reglamento».

*evaluados conforme a lo dispuesto en el D.S. 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por ser ilegal la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 y contravenir lo dispuesto por la ley; así como su reglamento»<sup>9</sup>*

- 6.3. En el escrito presentado el 17 de octubre del 2014 el Contratista sustentó sus pretensiones acumuladas el 2 de septiembre del 2014. Los argumentos desarrollados por el Contratista respecto de las primera y segunda pretensiones acumuladas son citados a continuación:

**«Respecto al sustento de nuestra Pretensiones**

**Posición respecto a la Ley aplicable**

*En los Contratos de Préstamo N° 1810/OC-PE-BID y N° 7323-PE-BIRF, citados en el CONTRATO, no existe una sola referencia a la temática respecto de las Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales, Resolución de Contrato, y Liquidación Final de Obra, en consecuencia la Ley aplicable a nuestras controversias deberá ser la Ley Peruana, y por el principio de especialidad aplicar lo normado en el D.L. 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y el D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado»<sup>10</sup>.*

- 6.4. Igual argumento ha sido expuesto por el Contratista en su escrito presentado el 4 de diciembre del 2015 con el que presentó sus alegatos. En dicho escrito también expresó lo siguiente:

*«Que, siguiendo la misma línea del punto anterior, los Contratos de Préstamo en los cuales se basa el contrato, no hacen referencia expresa respecto de las Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales, Resolución de Contrato, y Liquidación Final de Obra, por lo tanto, se debe aplicar la Ley Peruana, siendo por principio de especialidad, el DL. N°1017 Ley de Contrataciones del Estado, y el D.S. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De esta forma, dichos contratos de préstamo no establecen la remisión a la Directiva de Supervisión N°003-2005-MTC/21, por lo que resulta ilegal anteponer esta directiva aprobada con la resolución Directoral N° 692-2007-MTC/21 del 17.07.07, frente a la normativa especial que constituyen para este*

<sup>9</sup> Escrito presentado por el Contratista el 02/09/2014, págs. 1 y 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas y en negritas.

<sup>10</sup> Escrito presentado el 17/10/2014, pág. 1. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

*caso la Ley de Contrataciones del estado y su reglamento. De esta forma, pretender anteponer dicha directiva sobre la ley especial implica una afectación al Principio de Jerarquía Normativa que establece la Constitución Política del Perú en el Art. 51º, ya que tanto el decreto directoral. En este sentido, es ilegal la aplicación de la directiva señalada.*

**Artículo 51º.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado»<sup>11</sup>.**

6.5. La Entidad, por su parte, en su escrito presentado el 28 de enero del 2015 con el que contestó las pretensiones acumuladas por el Contratista ha expresado, en resumen, lo siguiente:

- (i) El Contrato es financiado por los Contratos de Préstamo N° 1810/OC-PE-BID y el N° 7423-PE-BIRF
- (ii) Las cláusulas octava y novena disponen que serán de aplicación las leyes peruanas en cuanto no se opongan a los Contratos de Préstamo.
- (iii) De conformidad con el artículo 3.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, dicha ley y su reglamento no resulta aplicable «*salvo de manera supletoria y siempre que no se oponga al contrato mismo y al contrato de préstamo*»<sup>12</sup>.
- (iv) Refiere que la cláusula 11 del Contrato de Obra dispone que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los Contratos de Préstamo, por lo que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento «*se oponen al contrato mismo, por lo que, no pueden ser aplicados supletoriamente*»<sup>13</sup>.
- (v) El Contratista desde el proceso de selección tenía conocimiento que los documentos presentados como son las propuestas técnicas y económicas se rigen bajo las normas y procedimientos de contratación establecidas, siendo que en tal sentido presentó su Carta de Aceptación «*en la cual se somete a las normas y disposiciones legales que regulan el Contrato N° 189-2012-MTC/21*»<sup>14</sup>.
- (vi) Señala asimismo que el Contratista no ha sustentado que el reconocimiento de los mayores gastos generales deben ser resueltos y evaluados conforme a lo dispuesto en el Reglamento

<sup>11</sup> Escrito presentado el 04/12/2015, págs. 23 y 24.

<sup>12</sup> Escrito presentado el 18/11/2014, pág. 3.

<sup>13</sup> Ibidem, pág. 5.

<sup>14</sup> Ibidem.

de la Ley de Contrataciones del Estado «y menos porque la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 sería ilegal, limitándose sólo a señalar diversos documentos sin mayor análisis jurídico lo cual demuestra que carece de sustento legal su pedido»<sup>15</sup>.

Similares argumentos han sido reiterados por la Entidad en su escrito de alegatos presentado el 19 de octubre del 2015.

- 6.6. El Colegiado considera que se encuentra debidamente probado que el Contrato de Obra se ha formalizado en el marco de los Contratos de Préstamos N° 1810/OC-PE-BID y N° 7423-PE-BIRF suscritos entre el Estado peruano con el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. El Colegiado considera que no hay duda ninguna sobre este aspecto pues el Contrato de Obra así lo señala expresamente, entre otras cláusulas, en la cláusula primera que se cita a continuación:

**«PROVIAS DESCENTRALIZADO mediante Comparación de Precios por Proceso N° CI-24-2012-MTC/21 – SHOPPING, convocó a Empresas o Contratistas a que presenten documentos y propuestas técnicas y económicas para su evaluación, bajo las normas y procedimientos de contratación establecidos para el Programa de Transporte Rural descentralizado, según los contratos de préstamo N° 1810/OC-PE-BID y N° 7423-PE-BIRF, respectivamente, suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo - BID y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento - BIRF y el Gobierno de la República del Perú, a través de PROVIAS DESCENTRALIZADO del Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la Unidad Ejecutora del indicado Programa»<sup>16</sup>.**

- 6.7. Por ende, el Colegiado considera que las normas de contratación pública previstas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no resultan aplicables a los contratos celebrados de acuerdo con las exigencias de organismos internacionales pues así lo dispone expresamente el literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Las negritas y las mayúsculas corresponden al texto citado.

Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 que establece lo siguiente:

«3.3 La presente norma no es de aplicación para:

[...]

t) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito».

- 6.8. En tal sentido, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones del Estado, las normas de dicha ley y en consecuencia también de su reglamento, no resultan aplicables al Contrato de Obra pues la propia ley así lo establece.

Empero, siendo cierta esta apreciación inicial, el Colegiado tiene en cuenta que en el caso analizado la situación es distinta ya que las propias partes han acordado expresamente la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a la relación contractual que han celebrado. Efectivamente en la cláusula novena del Contrato de Obra se establece que:

«Será de aplicación supletoria al presente Contrato en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el mismo que sirve para aclarar hechos y crear derechos, la Ley de Contrataciones del Estado D.L. N° 1017 y su Reglamento, D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado».

- 6.9. Por ello, si las partes han acordado que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento se aplica supletoriamente al Contrato de Obra, se tiene que estos dispositivos, inicialmente no aplicables, resultan siendo de aplicación supletoria pues las partes así lo han acordado expresamente.
- 6.10. Empero, si bien la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento se aplican al Contrato de Obra, ello no supone que dichos dispositivos

deben ser aplicados por encima o con mayor preferencia que lo previsto en los contratos de préstamo -que es lo que pretende el Contratista en su primera pretensión acumulada - ya que debe tenerse presente que la aplicación de la citada ley y de su reglamento se debe hacer de modo supletorio debido a que las partes así lo han acordado expresamente en el Contrato de Obra, tal y conforme ha sido expuesto en el fundamento precedente. Por ende, para los efectos del Contrato de Obra lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no tiene mayor jerarquía que lo que las partes han acordado en el Contrato de Obra y en los contratos de préstamo. Lo aquí expuesto se encuentra remarcado en la cláusula octava del Contrato de Obra que establece «*Las Leyes por la que se regirá el Contrato son las leyes Vigentes aplicables en el Perú, en cuanto no se opongan a los Contratos de Préstamo*» (el énfasis es nuestro) y se remarca también en la cláusula novena del Contrato de Obra que expresamente dispone que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento se aplica supletoriamente «*en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF*» (el énfasis es nuestro).

- 6.11. Por lo demás, el hecho que -conforme lo ha expresado el Contratista- en los contratos de préstamo no exista «*una sola referencia a la temática respecto de las Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales, Resolución de Contrato, y Liquidación Final de Obra*», no justifica ni es razón suficiente para que los alcances de dichos contratos dejen de ser aplicables a la relación contractual existente entre Entidad y Contratista, pues ello implicaría vulnerar el Contrato de Obra que tajantemente establece que dicho contrato se ha celebrado en el marco de los contratos de préstamo y que tales contratos prevalecen frente a lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

- 6.12. Es importante también remarcar que la segunda pretensión acumulada por el Contratista en su escrito del 2 de septiembre del 2014 tiene como finalidad concreta que las controversias sobre ampliaciones de plazo y mayores gastos generales sean resueltas aplicando el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado «***POR SER ILEGAL LA DIRECTIVA DE SUPERVISIÓN N° 003-2005-MTC/21 Y POR CONTRAVENIR LO DISPUESTO POR LA LEY; ASI COMO, SU REGLAMENTO***»<sup>17</sup>. Empero, el Contratista no ha desarrollado en ninguno de sus escritos los argumentos específicos en virtud de los cuales considera que la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 debe ser declarada ilegal.
- 6.13. Por los fundamentos expuestos, el Colegiado Arbitral ha arribado a la conclusión que la primera y la segunda pretensiones acumuladas por el Contratista en su escrito del 2 de septiembre del 2013, sustentadas en su escrito del 11 de diciembre del 2014, son infundadas.

VII. **LAS AMPLIACIONES DE PLAZO, ¿GENERAN EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES? LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN**

- 7.1. Analizado y resuelto en el acápite VI precedente los puntos controvertidos relacionados con el grado de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, corresponde ahora analizar la segunda pretensión principal de la reconvención interpuesta por la Entidad pues se trata de un aspecto que guarda plena relación con dichos aspectos.

<sup>17</sup> Escrito presentado el 02/09/2014, pág. 2. Las mayúsculas y las negritas corresponden al texto citado.

- 7.2. Efectivamente, en el escrito presentado el 4 de septiembre del 2013 la Entidad reconviño como segunda pretensión principal la siguiente: «*Se declare que siendo este contrato financiado por los Contratos BID y BIRF las ampliaciones de plazo que se otorgue no generan mayores gastos generales*». Sobre el particular, la Entidad ha señalado que «*[...] el Contratista se encuentra obligado a cumplir con las cláusulas contractuales suscritas, esto es, que desde el momento que suscribió el contrato el contratista renunció al reclamo de los mayores gastos generales de una ampliación de plazo, tal y como se señala en la Sub Cláusula 11.9 de la cláusula Décima Primera del contrato donde claramente se precisa que ante cualquier solicitud de una ampliación de plazo, este no dará lugar al reconocimiento de los mayores gastos generales; [...]»<sup>18</sup>.*
- 7.3. Sobre la pretensión analizada, el Contratista en su escrito de alegatos ha señalado «*Que, no obstante el contrato de obra refiere en el punto 11.9, que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento de mayores gastos generales, debemos mencionar conforme los argumentos anteriores, que la norma aplicable para el tema de gastos generales es la norma especial (D.L. N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado- y el D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-) y no los convenios de préstamo el cual no incluye este tema»<sup>19</sup>.*
- 7.4. Sobre el particular, conforme ha sido analizado en el acápite VI precedente, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son aplicables al Contrato de Obra sólo de manera supletoria y sólo respecto

<sup>18</sup> Escrito presentado por la Entidad el 04/09/2013, pág. 10. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

<sup>19</sup> Escrito presentado por el Contratista el 04/12/2015, pág. 22. 111

de aquellos extremos que no contradigan lo pactado en el Contrato de Obra y en los Contratos de Préstamo.

Por ende, el Colegiado no coincide con el argumento desarrollado por el Contratista quien postula que –para el caso de los mayores gastos generales provenientes de ampliaciones de plazo- debe aplicarse obligatoriamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento «*por ser la norma especial*» y porque los convenios de préstamo «*no incluyen este tema*», ello debido a que en este caso la norma especial no es la ley ni el reglamento, como lo señala el Contratista, sino el propio Contrato de Obra, pues el artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que dicha ley no es aplicable a las contrataciones efectuadas según las exigencias y procedimientos de organismos internacionales, tal es el caso del proceso de selección del cual deriva el Contrato de Obra. Conforme también ha sido analizado en el acápite VI, es el Contrato de Obra el que ha previsto que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento se aplica a la relación contractual pero sólo de modo supletorio, por ello mismo, si las partes acordaron que el carácter de dichas normas es accesorio, no puede invocarse luego la aplicación obligatoria y preferente de tales normas, si es que contradicen una estipulación del propio Contrato de Obra.

- 7.5. Al respecto, la cláusula 11.9 del Contrato de Obra establece que «*Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en el Contrato de Préstamo*». Esta disposición es aceptada por ambas partes; en tal sentido el Contratista ha reconocido que «*el contrato de obra refiere en el punto 11.9, que las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento de mayores gastos generales*»<sup>20</sup>. Por ello mismo, el Colegiado considera que la segunda pretensión principal reconvenida

<sup>20</sup> Escrito presentado por el Contratista el 04/12/2015, pág. 22. 111

por la Entidad es fundada, y, en consecuencia, corresponde declarar que en la relación contractual existente entre Entidad y Contratista no corresponde el pago de mayores gastos generales por haberse así pactado en el Contrato de Obra el cual proviene de un financiamiento de organismos internacionales.

**VIII. ¿CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD DE LAS NOTIFICACIONES DE LAS RESOLUCIONES QUE SE PRONUNCIARION SOBRE LAS SOLICITUDES DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01, 02, 03 Y 04? LA TERCERA PRETENSIÓN ACUMULADA POR EL CONTRATISTA**

- 8.1. El Contratista en su escrito del 2 de septiembre del 2014 acumuló como su tercera pretensión principal la siguiente:

*«1). Que, se declare la nulidad de las notificaciones de las ampliaciones de plazo N° 01, 02, 03, y 04. Ello al contravenir lo dispuesto en el artículo 20º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General»<sup>21</sup>.*

Si bien mediante la Resolución N° 16 se concedió al Contratista quince días hábiles para que sustente sus pretensiones acumuladas, en el escrito que el Contratista presentó para tal efecto el 17 de octubre del 2014 no existe ninguna argumentación sobre la pretensión que analizamos en este acápite. Tampoco la hay en el escrito de alegatos que el Contratista presentó el 4 de diciembre del 2015.

- 8.2. Por su parte, en el escrito presentado el 18 de noviembre del 2014 con el que contestó la acumulación de pretensiones, la Entidad ha señalado lo siguiente:

<sup>21</sup> Escrito presentado por el Contratista el 02/09/2014, pág. 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas y en negritas.

- (i) El Contrato de Obra dispone en su cláusula cuarta que cualquier aviso o notificación al Contratista será enviada al Jr. Pallasca N° 360, independencia, Huaraz, Ancash y al email: «alexrodriguez-hz@hotmail.com «en cualquiera de los cuales podrá formalizarse las notificaciones relacionadas al presente contrato».
  - (ii) El Contrato es ley entre las partes, por lo que las comunicaciones cursadas al Contratista surtirán efecto cuando sean efectuadas a la dirección o correo electrónico.
  - (iii) El Contratista «no ha cumplido con sustentar la nulidad de las notificaciones que alega, limitándose sólo a señalar diversos documentos sin mayor análisis jurídico, lo cual demuestra que carece de mayor sustento legal su pedido»<sup>22</sup>.
- 8.3. Al respecto, es deber de la parte que formula la pretensión el exponer los argumentos de hecho y de derecho en función de los cuales a su criterio la pretensión que interpone debe ser estimada. Por ende, en la medida que el Contratista no ha desarrollado ninguna argumentación sobre su pretensión, es evidente que dicha pretensión carece de fundamento. Debe remarcarse en tal sentido, que no le corresponde al Tribunal asumir la argumentación fáctica de la controversia, pues se trata de un aspecto que corresponde única y exclusivamente a las partes. En este caso, correspondía al Contratista argumentar en qué consistía el vicio que determinaba la nulidad de las notificaciones con las que la Entidad le comunicó su decisión sobre las solicitudes de ampliación de plazo N° 01, 02, 03, y 04; en la medida que el Contratista no ha asumido esa argumentación, la pretensión analizada debe ser declarada infundada.
- 8.4. En adición a ello, debe resaltarse que no existe duda que las decisiones de la Entidad sobre las solicitudes de ampliaciones de plazo N° 01, 02, 03 y 04, han sido efectivamente notificadas al Contratista, al punto que ha sido el mismo Contratista quien ha presentado copia de dichas decisiones, tal y conforme se observa de los anexos de su escrito de

<sup>22</sup> Escrito presentado por el Contratista el 02/09/2014, pág. 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas y en negritas.

demandado del 23 de julio del 2013, escrito en el que no alegó ningún vicio en la notificación de esas decisiones, lo cual recién fue alegado trece meses después de haber presentado su demanda, mediante el escrito de acumulación del 2 de septiembre del 2014.

**IX. ¿CORRESPONDE CONCEDER LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03? LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**

9.1. El Contratista en su escrito de demanda del 23 de julio del 2013 interpuso como tercera pretensión la siguiente:

*«C. Se declara la probación por silencio positivo de la ampliación de plazo N°03; en consecuencia se nos otorgue los 08 (ocho) días solicitados con carta N°46-2012-HRC-GG-HZ, recibido el 24.09.12, al amparo del Artículo 201º, del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/. 1,645.13 (Un mil seiscientos cuarenta y cinco y 13/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202º, del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los interés que se generen hasta la fecha de pago »<sup>23</sup>.*

9.2. Respecto de esta pretensión, en su demanda el Contratista sólo ha alegado lo siguiente:

*«4.2.4. Con Carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ, recibida el 24.09.12, remitimos a la Entidad Contratante la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por xx (xx) (sic), días calendarios, para la ejecución del Adicional N° 01.*  
*4.2.5. Con Carta N° 2012-55-HRC-GG/HZ, recibida el 04.10.12, comunicamos a la Entidad Contratante, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como la libre disponibilidad de las canteras, y demás que se detallan en dicha Carta.*  
*4.2.6. Con Carta N° 50-2012-HRC-GG-HZ, recibida el 03.10.12, remitimos a la Entidad Contratante la solicitud de Ampliación de*

<sup>23</sup> Demanda del 23/07/2013, págs. 1 y 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas.

*Plazo N° 04, por veinte (20) días calendarios por indisponibilidad de la Cantera (C-02).*

*4.2.7. Con Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21, recibida el 18.10.12, la Entidad Contratante declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 04.*

*4.2.8. Con Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, recibida el 27.11.12 la Entidad Contratante ilegalmente nos resuelve el Contrato»<sup>24</sup>.*

- 9.3. Ha sido recién con el escrito del 4 de diciembre del 2015, presentado después de haber vencido el plazo concedido por la Resolución N° 23 del 30 de septiembre del 2015 para que las partes presenten sus alegatos, que el Contratista ha expuesto los argumentos de hecho y de derecho en los que sustenta la pretensión analizada en este acápite. Así, respecto de su tercera pretensión de la demanda, el Contratista ha señalado lo siguiente:

*«Respecto de nuestra solicitud de ampliación de Plazo N° 03, indicamos que nuestra representada solicitó la ampliación, por 08 días calendario, mediante Carta N° 046-2012-H.R.C-G.G.HZ, recepcionada el 24.09.12, para la ejecución del Presupuesto Adicional de obra N° 01 por el monto de S/.32,753.99, aprobado con Resolución Directoral N° 888-2012-MTC/21 del 14.09.12, con una incidencia en 9.78%.*

*Que, no obstante nuestra solicitud, la entidad no cumplió con emitir su respuesta en razón de nuestra solicitud de ampliación de Plazo N° 03, quedando esta consentida por los (08 días calendario) solicitados debiendo considerarse los mayores gastos generales.*

*Que, conforme la audiencia de ilustración de fecha 21.01.15, la entidad refiere que sí hubo una respuesta por parte de la entidad conforme Oficio N° 296-2012-MTC/21.ANC recibido el 26.09.12, declarándose improcedente la ampliación de plazo N° 03, lo cual constituye un acto arbitrario pues dicha comunicación no es emitida por la entidad y/o su representante, de conformidad con el Art. 201 del RLCE, sino por el Ing. José Carlos Villena Rozas, lo cual implica una falta de competencia y afectación al Principio de Legalidad por parte de la entidad, conforme el Art. IV del Título*

<sup>24</sup> Demandas del 23/07/2013, pág. 4.

*Preliminar, Inc. 1.1 de la Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General»<sup>25</sup>.*

- 9.4. Respecto de la pretensiones analizada, en el escrito de contestación del 4 de septiembre del 2013 la Entidad ha señalado lo siguiente:

*«IV.5.3 [...] la Entidad pone en conocimiento del Tribunal Arbitral que el plazo de ejecución del adicional N° 01 se encontraba inmerso en el plazo de ejecución de la Ampliación de Plazo N° 02, dado que este se vencía el 04/10/2012 y el plazo del adicional N° 01 vencía muchos días antes al 04/10/2012.*

*IV.5.4. Con dicho precedente, indicamos que a pesar de que el contratista ya presentaba conocimiento de estos datos, remitió la Carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ mediante la cual solicitó a la Entidad la ampliación de plazo N° 03 por ocho días calendarios, recibida por la Oficina de Coordinación de Ancash el 24/09/2012, que fue debidamente atendida dentro de los plazos que se establecieron en la Directiva de Supervisión, que señala que entre la presentación de la solicitud de Ampliación de Plazo por parte del Contratista y la notificación del mismo por parte de la Entidad, deben pasar como máximo 17 días naturales; por lo que mediante Oficio N° 296-2012-MTC/21.ANC recepcionada por el Contratista 26/09/2012, se le comunica sobre la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 03 para la Ejecución del Adicional N° 01, debido a que el plazo para su ejecución se encuentra dentro de la Ampliación de Plazo N° 03 para la Ejecución del Adicional N° 01, debido a que el plazo para su ejecución, se encuentra dentro de la Ampliación de Plazo N° 02, aprobada con Resolución Directoral N° 943-2013-MTC/21; sin perjuicio de ello, también se le notificó al contratista con el Oficio N° 3003-2012-MTC/2012 que fue recepcionada el 09/10/12, donde se le comunicaba sobre la denegatoria a su solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por no ser posible su admisibilidad, al encontrarse el plazo solicitado inmerso en la aprobación de la Ampliación de plazo N° 02»<sup>26</sup>.*

- 9.5. De lo expuesto por las partes, se tiene entonces que la controversia respecto de la tercera pretensión de la demanda se centra en determinar si se ha configurado o no el "silencio positivo" alegado por el Contratista y si en consecuencia corresponde o no aprobar la solicitud de ampliación de plazo N° 03. El alcance de ello ha sido remarcado

<sup>25</sup> Escrito presentado por el Contratista el 04/12/2015, pág. 8 y 9.

<sup>26</sup> Escrito de contestación de demanda del 04/09/2013, págs. 12 y 13. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

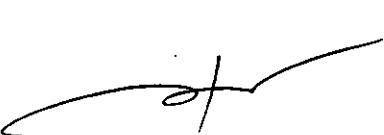
por la Entidad quien en su escrito de contestación del 4 de septiembre del 2013 ha señalado lo siguiente:

*«Ahora bien, respecto a la argucia con la que pretende sustentar el contratista esta pretensión aduciendo que su pedido de la Ampliación de Plazo N° 03 mediante Carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ ha sido aprobado por aplicación del Silencio Positivo y que en consecuencia la Entidad se encuentra obligada a otorgarle los 08 días calendarios solicitados; es que PROVIAS DESCENTRALIZADO, como ya lo hemos expuesto líneas arriba, niega totalmente ese extremo de la demanda del contratista en la medida de que la carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ fue debidamente atendida dentro los plazos que se establecieron en la Directiva de Supervisión, que señala que entre la presentación de la solicitud de Ampliación de Plazo por parte del Contratista y la notificación del mismo por parte de la Entidad, deben pasar como máximo 17 días naturales y lo cual fue cumplido por la Entidad, ya que se le contestó dicha Carta mediante el Oficio N° 296-2012-MTC/21.ANC recepcionado por el Contratista el 26/09/2012 por el cual se le comunica sobre **la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 03 para la ejecución del Adicional N° 01**»<sup>27</sup>.*

- 9.6. De lo expuesto por las partes se tiene que el Contratista presentó su solicitud de ampliación de Plazo N° 03 por 8 días calendario mediante carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ recibida por la Entidad el 24 de septiembre del 2012. Según lo indica la Entidad contaba con el plazo máximo de 17 naturales para pronunciarse sobre la solicitud de ampliación de plazo, alegando que no se ha configurado el "silencio positivo" debido a que cumplió con pronunciarse mediante el Oficio N° 296-2012-MTC/21.ANC recibida por el Contratista el 26 de septiembre del 2012; señalando además que mediante Oficio N° 3003-2012-MTC/2012 recibido el 9 de octubre del 2012 se le reiteró al Contratista que su pedido era improcedente.

Frente a estas alegaciones el Contratista ha señalado que el oficio N° 296-2012-MTC/21.ANC no fue emitido por la Entidad o su representante sino por el Ing. José Carlos Villena lo cual constituye "una falta de

<sup>27</sup> Ibídem, pág. 13. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.



competencia". Efectivamente, obra en el expediente la copia del citado oficio observándose que se encuentra suscrito por el Sr. José Carlos Villena Rozas, Jefe de la Coordinación Zonal Ancash, a quien no le correspondía resolver los pedidos de ampliación de plazo, sino al titular de la Entidad, tal y conforme ha ocurrido con los casos de las ampliaciones de plazo N° 01, 02, y 04, en los que es el Director Ejecutivo de la Entidad quien se pronunció sobre los pedidos del Contratista. Por ende, el oficio 296-2012-MTC/21.ANC no puede ser invocado por la Entidad para desvirtuar el "silencio positivo" que el Contratista reclama en la tercera pretensión de la demanda.

Empero, obra también en el expediente el Oficio N° 3003-2012-MTC/21 del 4 de octubre del 2012 con el que la Entidad informó al Contratista que su solicitud de ampliación de plazo N° 3 había sido denegada. Dicho oficio fue suscrito por el Director Ejecutivo de PROVIAS Descentralizado en su rol de titular de la Entidad y fue recibido por el Contratista el 9 de octubre del 2012. Si se tiene en cuenta que el Contratista presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 03 el 24 de septiembre del 2012, la Entidad contaba con 17 días como plazo máximo para pronunciarse sobre dicha solicitud, el cual vencía el 11 de octubre del 2012. Dado que el Contratista recibió el Oficio N° 3003-2012-MTC/2012 el 9 de octubre del 2012, dentro del plazo con el que contaba la Entidad, no se ha configurado entonces el "silencio positivo" invocado por el Contratista. En consecuencia, el Colegiado considera que la tercera pretensión de la demanda es infundada.

X.

**¿CORRESPONDE CONCEDER LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 04? LA CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**

- 10.1. El Contratista en su escrito de demanda del 23 de julio del 2013 interpuso como cuarta pretensión la siguiente:

*«D). Se declará la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21, recibido el 18.10.12, en la misma que la entidad contratante, declara improcedente la ampliación de plazo N°04; en consecuencia se nos otorgue los veinte (20) días calendarios, solicitados mediante carta N°50-2012-HRC-GG-HZ, recibido el 03.10.12, al amparo del artículo 201º, del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/. 4,112.81 (Cuatro mil ciento doce y 81/100 Nuevos Soles), al amparo del artículo 202º del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago»<sup>28</sup>.*

- 10.2. Respecto de estas pretensiones, en su demanda el Contratista ha alegado lo siguiente:

*«4.2.4. Con Carta N° 46-2012-HRC-GG-HZ, recibida el 24.09.12, remitimos a la Entidad Contratante la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, por xx (xx) (sic), días calendarios, para la ejecución del Adicional N° 01.*

*4.2.5. Con Carta N° 2012-55-HRC-GG/HZ, recibida el 04.10.12, comunicamos a la Entidad Contratante, el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tales como la libre disponibilidad de las canteras, y demás que se detallan en dicha Carta.*

*4.2.6. Con Carta N° 50-2012-HRC-GG-HZ, recibida el 03.10.12, remitimos a la Entidad Contratante la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, por veinte (20) días calendarios por indisponibilidad de la Cantera (C-02).*

*4.2.7. Con Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21, recibida el 18.10.12, la Entidad Contratante declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 04.*

*4.2.8. Con Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, recibida el 27.11.12 la Entidad Contratante ilegalmente nos resuelve el Contrato.*

**Conclusiones de los fundamentos de hecho:**

**A) Queda demostrado plenamente que la Entidad Contratante actuó de manera injusta e ilegal, puesto que**

<sup>28</sup> Demanda del 23/07/2013, pág. 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas.

***desde el inicio de la obra no actuó de acuerdo a Ley, siendo que no atendió de manera oportuna nuestros requerimientos de disponibilidad de las canteras. Además, de no atender adecuadamente las Ampliaciones de Plazo y actuar ilegalmente al resolvernos el contrato.***  
[...]<sup>29</sup>

10.3. Con el escrito del 4 de diciembre del 2015 el Contratista expuso los argumentos de hecho y de derecho en los que sustenta la pretensiones analizada en este acápite, señalando lo siguiente:

- (i) Mediante carta N° 050-2012-HRC-GG-HZ recibida el 3 de octubre del 2012 solicitó la ampliación de plazo N° 04 por atrasos o paralizaciones ajenos a su voluntad «*generados por la falta de disponibilidad de la cantera (cantera #02), por la oposición de la población hecho que a la fecha no ha sido resuelto pese a las comunicaciones remitidas a la entidad para efectos de que realice el saneamiento del terreno, conforme consta en los actuados*»<sup>30</sup>.
- (ii) La solicitud de ampliación de plazo N° 4 cumplió con el procedimiento previsto en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; siendo que los atrasos o paralizaciones no le son imputables conforme a los documentos anexos a su pedido de ampliación de plazo, así como los asientos del cuaderno de obra.
- (iii) Señala que en la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21 la Entidad denegó el pedido debido a que el Contratista no adjuntó el calendario de obra actualizado y la programación PERT CPM; documentos que –asevera- deben ser presentados después de concedida la ampliación de plazo y no antes de ello, pues así lo prevé el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- (iv) Refiere también que la Directiva De Supervisión N° 003-2005-MTC/21 no resulta aplicable al Contrato de Obra, pues éste sólo se refiere a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- (v) Refiere por tanto que «*la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21 es nula, vuestro tribunal deberá de tener por consentida nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, reconociendo los mayores gastos generales conforme el Art. 202º del RLCE*»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Demandado del 23/07/2013, págs. 4 y 5. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

<sup>30</sup> Escrito del 04/12/2015, págs. 10 y 11.

<sup>31</sup> Escrito del 04/12/2015, pág. 12.

- 10.4. Por su parte, en su escrito de contestación del 4 de septiembre del 2013 la Entidad señaló lo siguiente:

*«la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04, realizada por el Contratista, fue declarada improcedente por la Entidad, debido a que no cumplía con los requisitos, procedimientos y contenido solicitado en la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, dado que en el expediente de su solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 no se demostraba fehacientemente la afectación de la ruta crítica por la causal invocada; es decir, que no acreditaba que la indisponibilidad del uso de la Cantera (C-02) afecte la ruta crítica del Diagrama PERT – CPM, con lo que incumplió lo señalado en la Directiva de Supervisión y normas vigentes aplicables al Contrato N° 189-2012-MTC/21; en consecuencia, no era posible cuantificar dicha solicitud»<sup>32</sup>.*

- 10.5. Al respecto, se encuentra demostrado que con la carta N° 050-2012-HRC-GG-HZ el Contratista solicitó la ampliación de plazo N° 04 por veinte días calendario por atrasos o paralizaciones ajenos a su voluntad *«por indisponibilidad del uso de la Cantera (C-02) ubicada en la Progresiva KM. 34+440, del Sector denominado Antaoco, por oposición de la población, situación que hasta la fecha continúa sin resolverse»<sup>33</sup>.* El pedido del Contratista fue declarado improcedente por la Entidad mediante la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21 emitida el 12 de octubre del 2012 debido a que según la supervisión externa el Contratista no cumplió con presentar *«(i) Programación Vigente de la Obra, donde se demuestre que existe modificación de la ruta crítica producida por la causal invocada, (ii) otros documentos que ayuden a sustentar el pedido de ampliación, y (iii) panel fotográfico»<sup>34</sup>* y porque la Unidad Gerencial de Transporte Rural, así como la Unidad de Asesoría Legal de la Entidad señalaron que la solicitud del contratista era improcedente *«por ser inconsistente y por no haber presentado el Cronograma de Programación vigente que demuestre que se afecte la*

<sup>32</sup> Escrito de la Entidad del 004/09/2013, pág. 14.

<sup>33</sup> Cfr. Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21, sexto considerando, página 2.

<sup>34</sup> Cfr. Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21, séptimo considerando, página 2.

*ruta crítica del Diagrama PERT-CPM, tal como lo señala la Directiva de Supervisión vigente [...]»<sup>35</sup>.*

La norma invocada por la Entidad para desestimar el pedido del Contratista fue la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 "Para las Obras de Rehabilitación, Mantenimiento Periódico/ Emergencia de Caminos Vecinales" aprobada con la Resolución Directoral N° 692-2007-MTC/21 del 12 de julio del 2007, así como el numeral 11.6 de la cláusula décimo primera del Contrato de Obra.

- 10.6. Al respecto, el Colegiado no ha encontrado que en el Contrato de Obra se haga referencia a la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21. Dicha directiva no se encuentra incluida como uno de los documentos que forman parte del Contrato descritos en la cláusula tercera del Contrato de Obra, siendo el caso que tampoco en el Contrato de Obra se indica que tal directiva sea de aplicación supletoria a la relación contractual entre la Entidad y el Contratista, como sí ocurre con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- 10.7. El Colegiado tiene en cuenta que las únicas disposiciones que existen en el Contrato de Obra sobre las ampliaciones de plazo son las previstas en los numerales 11.6 al 11.9 que se citan a continuación:

*«11.6 El Plazo pactado sólo podrá ser prorrogado cuando se justifique documentadamente las causales siguientes y estas modifiquen el Calendario de Avance de Obra vigente y la ruta crítica del Calendario PERT-CPM:*

- *Por atrasos o paralizaciones ajenos a la voluntad del Contratista.*
- *Atrasos en el cumplimiento de las prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- *Por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el Calendario de Avance de Obra vigente y*

<sup>35</sup> Ibídem/21, noveno considerando, página 2.

*la ruta crítica.*

**11.7 EL CONTRATISTA** podrá solicitar la ampliación de plazo mediante comunicación escrita debidamente fundamentada.

**11.8 Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud debe ser presentada dentro de este plazo, efectuando la cuantificación cuando culmine el hecho invocado.**

**11.9 Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los Contratos de Préstamo»<sup>36</sup>.**

De lo expuesto en la cláusula citada, se observa que en ella no se hace ninguna referencia a la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21 que ha sido gravitante para que la Entidad deniegue la solicitud presentada por el Contratista. Tampoco se indica en dicha cláusula que el Contratista deba presentar con su solicitud de ampliación de plazo el "Cronograma de Programación vigente", ni mucho menos que la falta de presentación de este documento determine ineludiblemente la desestimación del pedido del Contratista. Lo que el Contrato de Obra dispone es que la solicitud de ampliación de plazo procederá siempre que las causales invocadas no sean atribuibles al Contratista y en tanto que «modifiquen el Calendario de Avance de Obra vigente y la ruta crítica del Calendario PERT-CPM», concordando en este aspecto el Contrato de Obra con lo previsto en el artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece la procedencia de la ampliación del plazo por causas ajenas a la voluntad del contratista y «siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente».

- 10.8. Por lo demás, ni en el Contrato de Obra, ni en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento, existe alguna disposición según la cual la falta de presentación "Cronograma de Programación vigente" genere que el pedido de ampliación de plazo sea desestimado; dicha lectura, a

<sup>36</sup> Ibídem/21, noveno considerando, página 2.

juicio del Colegiado Arbitral, tampoco podría efectuarse de la Directiva de la Supervisión N° 003-2005-MTC/21. Y es que el Calendario de Avance de Obra vigente y el Calendario PERT-CPM vigentes son documentos de orden contractual, resultado del acuerdo adoptado por las partes y, en consecuencia, siendo un documento de orden contractual se supone que es conocido por quienes intervienen en la ejecución de la obra; por lo que resulta desproporcionado que la sola falta de presentación de ese documento –conocido por todas las partes– pueda justificar que la entidad deniegue el pedido de ampliación.

- 10.9. Luego del análisis efectuado, el Colegiado ha arribado a la conclusión que la decisión de la Entidad de denegar la solicitud de ampliación de plazo N° 4, bajo el argumento de «*ser inconsistente y por no haber presentado el Cronograma de Programación vigente que demuestre que se afecte la ruta crítica del Diagrama PERT-CPM, tal como lo señala la Directiva de Supervisión vigente [...]*»<sup>37</sup>, es una decisión inmotivada e irrazonable, y que la Entidad incumplió su deber de pronunciarse efectivamente sobre los pedidos del Contratista, inobservando el principio de buena fe contractual.
- 10.10. Efectivamente –conforme se indica en la misma Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21– el pedido de ampliación de plazo N° 4 fue presentada por el Contratista invocando como causal hechos ajenos a su voluntad «*generados por la falta de disponibilidad de la cantera (cantera #02), por la oposición de la población hecho que a la fecha no ha sido resuelto pese a las comunicaciones remitidas a la entidad para efectos de que realice el saneamiento del terreno, conforme consta en los actuados*»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Ibídem/21, noveno considerando, página 2.

<sup>38</sup> Cfr. Sexto considerando de la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21.

Esta causal no era desconocida ni novedosa para la Entidad, pues había sido invocada por el Contratista con ocasión de su solicitudes de ampliación de plazo N° 01 y 02, ambas concedidas por la Entidad en sendas resoluciones directoriales en las que reconoció expresamente y sin condiciones que tal causal era verdadera, que afectaba la normal ejecución de la Obra y que aún no había sido solucionada. Ello se reconoce, por ejemplo, en la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21 que concedió la ampliación de plazo N° 01, y en la que la Entidad expresó:

*«Que, mediante los documentos del exordio, la Unidad Gerencial de Transporte Rural ha emitido opinión técnica, recomendando la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 01 por 17 días calendario (desde el 04 de agosto de 2012 al 21 de agosto de 2012), sin reconocimiento y pago de mayores gastos generales, por la causal de atrasos o paralizaciones ajenos a la voluntad del Contratista, ante la imposibilidad de extraer material de afirmado de la Cantera N° 02 ubicada en la progresiva Km. 34+44, por la oposición de los pobladores, quienes argumentan que el uso de dicha cantera ha ocasionado el colapso de uno de los estribos del pontón "Huallac", situación que ha conllevado la no ejecución de las partidas "02.01: Reposición de Afirmado", "03.01 y 03.02: Transporte de Material Granular" para la Conformación de Plataforma del Km. 23+000 al Km. 34+444, que forman parte de la ruta crítica y modifica el Calendario Valorizado de Avance de Obra Vigente, debiendo diferirse el vencimiento del plazo contractual al 14 de septiembre de 2012»<sup>39</sup>.*

Un similar considerando fue expuesto en la Resolución Directoral N° 943-2012-MTC/21, que concedió la solicitud de ampliación de plazo N° 02 por veinte días calendario, difiriendo el vencimiento del plazo contractual del 14 de septiembre del 2012 al 4 de octubre del 2012. Además, en el antepenúltimo considerando de esta resolución se expresa:

*«Que, mediante Informe N° 525-2012-MTC/21.UGAL, de fecha 19 de setiembre de 2012 la Unidad Gerencial de Asesoría Legal,*

<sup>39</sup>

Cfr. Sexto considerando de la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21.

*estando a lo propuesto por la Unidad Gerencial de Transporte Rural, ha emitido opinión desde el punto de vista legal, en el sentido que resulta procedente se apruebe la Ampliación de Plazo N° 02 por 20 días calendario, para la ejecución de la obra en alusión, materia del Contrato N° 189-2012-MTC/21, por la causal de atrasos o paralizaciones ajenos a la voluntad del Contratista, por imposibilidad de contar con la Cantera N° 02 ante la oposición de la población, y por la demora en la tramitación del Adicional de Obra N° 01, afectando la ejecución de las partidas "02.01: Reposición de Afirmado" y "03.01 y 03.02: Transporte de Material Granular" que forman parte de la ruta crítica y modifican el Calendario de Avance de obra Vigente, de conformidad con lo establecido en el Numeral 11.6 de la Cláusula Décima Primera del Contrato N° 189-2012-MTC/21»<sup>40</sup>.*

Por ende, si la Entidad reconoció que el Contratista no podía usar la cantera N° 02, y si reconoció que ese evento afectaba la ejecución de las partidas 02.01: Reposición de Afirmado", "03.01 y 03.02: Transporte de Material Granular", y si reconoció que esas partidas conformaban la ruta crítica al punto que concedió íntegramente las solicitudes de ampliación de plazo N° 01 y N° 02, la decisión de la Entidad de denegar la solicitud de ampliación de plazo N° 04 no es razonable pues la causal invocada por el Contratista fue la misma que la invocada en las anteriores oportunidades que fueron concedidas por la Entidad. El Colegiado también considera que el fundamento desarrollado por la Entidad para desestimar el pedido, aparte de ser un fundamento que no cuenta con respaldo contractual, se trata de una fundamentación aparente y que evitó que la Entidad se pronuncie sobre la problemática comunicada por el Contratista. Si bien la oposición de la población al uso de la cantera es un evento ajeno a las partes, correspondía a la Entidad un rol preponderante para solucionar dicha situación en la medida que es su obligación garantizar al Contratista el libre acceso a las canteras. En una situación como la comentaba, la Entidad sólo podía desestimar la solicitud de ampliación de plazo si es que la causal

<sup>40</sup>

Cfr. Antepenúltimo considerando de la Resolución Directoral N° 943-2012-MTC/21.

alegada hubiera sido solucionada, pero nada de ello fue invocado por la Entidad quien, en lugar de ello, denegó el pedido del Contratista sólo por el hecho que éste no adjuntó el "Cronograma de Programación vigente", desconociendo que la Entidad ya había reconocido la existencia de la causal y que ella afectaba sensiblemente la ejecución de la Obra al punto que concedió íntegramente el plazo solicitado por el Contratista en sus solicitudes de ampliación N° 01 y N° 02.

Por ende, el Colegiado considera que la Resolución Directoral N° 1033-2012-MTC/21 es nula e ineficaz, por lo que corresponde así declararlo, declarando también que corresponde otorgar al Contratista los veinte días calendario de su solicitud de ampliación de plazo N° 04, defiriéndose el vencimiento del plazo de ejecución contractual del 4 de octubre del 2012 al 24 de octubre del 2012.

En consecuencia, el Colegiado considera que corresponde declarar fundada la cuarta pretensión de la demanda en el extremo analizado en este acápite. El extremo de los gastos generales será analizado en el siguiente acápite.

**XI. ¿CORRESPONDE RECONOCER EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR LAS AMPLIACIONES DE PLAZO CONCEDIDAS AL CONTRATISTA?**

- 11.1. El Contratista en su escrito de demanda del 23 de julio del 2013 interpuso como primera y segunda pretensiones las siguientes:

*«A). Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21, recibida el 03.09.12, en la misma que la entidad contratante, aprueba la ampliación de plazo N° 01, sin el reconocimiento de mayores gastos generales; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales*

*por el monto ascendente a la suma de S/.3,495.89 (Tres mil cuatrocientos noventa y cinco y 89/100 nuevos soles), al amparo del artículo 202º del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.*

*B). Se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución Directoral N° 943-2012-MTC/21, recibido el 21.09.12, en la misma que la entidad contratante, aprueba la ampliación de plazo N° 02, sin el reconocimiento de mayores gastos generales; en consecuencia, se nos reconozca y pague los mayores gastos reales por el monto ascendente a la suma de S/.4,112.81 (Cuatro mil ciento doce y 81/100 nuevos soles), al amparo del artículo 202º del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los reintegros, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago»<sup>41</sup>.*

- 11.2. Al respecto, en su escrito presentado el 4 de diciembre del 2015 el Contratista ha alegado que la norma especial que debe aplicarse al caso es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, razón por la cual «*nos corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales en razón de la Ampliación N° 01*»<sup>42</sup>. Empero, este aspecto ya ha sido analizado en el acápite VI de este laudo, en el que se ha concluido que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento es aplicable a la relación contractual de modo supletorio, por lo que dichas normas no pueden ser aplicadas por encima o con mayor preferencia que lo previsto en los Contratos de Préstamo y en el propio Contrato de Obra celebrado entre las partes. Precisamente, en virtud del análisis efectuado en el acápite VI, en el acápite VII de este laudo el Colegiado ha concluido que en la relación contractual celebrado entre las partes no corresponde el pago de mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo debido a que así fue pactado en la cláusula 11.9 del Contrato de Obra.

<sup>41</sup> Demandas del 23/07/2013, pág. 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas.  
<sup>42</sup> Escrito del Contratista del 04/12/2015, pág. 5.

- 11.3. En consecuencia, por las consideraciones expuestas el Colegiado considera que la primera y la segunda pretensiones de la demanda deben ser declaradas infundadas, por lo que las ampliaciones de plazo N° 01 y 02 concedidas por la Entidad no generan el pago de mayores gastos generales por haberse acordado ello en el Contrato de Obra.

La misma consecuencia corresponde aplicar a la ampliación de plazo N° 4, que es concedida por el Tribunal conforme a lo expuesto en el acápite X de este laudo. Por ende, la cuarta pretensión de la demanda debe ser declarada infundada en este extremo.

**XII. ¿HA QUEDADO CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO?**  
**LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA PRIMERA**  
**PRETENSIÓN RECONVENIDA POR LA ENTIDAD**

- 12.1. En su escrito de demanda del 23 de julio del 2013 el Contratista interpuso como quinta pretensión la siguiente:

*«E. Se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, recibida el 27.11.12, en la misma que la Entidad contratante, ilegalmente nos resuelve el contrato, carecer (sic) de asidero legal y no haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 169°, del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado»<sup>43</sup>.*

- 12.2. Por su parte, en el escrito presentado el 4 de septiembre del 2013 la Entidad reconviene como primera pretensión la siguiente:

***«Primera Pretensión Principal.- Se declare que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 ha quedado consentida»<sup>44</sup>.***

<sup>43</sup> Demanda del 23/07/2013, pág. 2. En el original todo el texto citado aparece en mayúsculas.

<sup>44</sup> Escrito de contestación de demanda y reconvenión del 04/09/2013, pág. 19. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

12.3. La Entidad ha invocado como fundamento «*lo señalado en el numeral III del presente escrito (págs. 4 al 5) donde hemos acreditado que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 ha quedado consentida por no haberse peticionado el arbitraje dentro del plazo de ley*»<sup>45</sup>. Según lo alega, la Entidad resolvió el Contrato de Obra por causas atribuibles al Contratista, quien fue notificado el 27 de noviembre del 2012 por correo electrónico y el 30 de noviembre. Refiere que en tanto que el Contratista presentó su solicitud de arbitraje el 21 de diciembre del 2012, dicha solicitud se presentó luego de vencido el plazo de diez días hábiles previsto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado por lo que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Si bien el Contratista no contestó la reconvención, en el escrito presentado el 4 de diciembre del 2015, refiriéndose a la pretensión reconvenida por la Entidad ha expresado que «*Conforme a nuestros argumentos señalados, hemos demostrado que existe una indebida motivación en la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, que resuelve el contrato de forma arbitraria, sin una causa justificada, por lo que siendo un requisito de validez del Acto Jurídico, dicho acto sería nulo conforme el Art. 3º y 10º de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General*»<sup>46</sup>.

12.4. De las pruebas actuadas, ha quedado acreditado que mediante el oficio N° 3057-2012-MTC/21, del 10 de octubre del 2012, la Entidad requirió al Contratista para que dentro del plazo de quince días cumpliera con subsanar los siguientes incumplimientos, bajo apercibimiento de resolver el Contrato de Obra: (i) Paralización injustificada de obra, con ausencia del personal y del residente de obra, así como falta de la

<sup>45</sup> Ibídem.

<sup>46</sup> Escrito presentado por el Contratista el 04/12/2015, pág. 20.

maquinaria ofertada en la propuesta técnica para la ejecución de la obra; (ii) no haber iniciado los trabajos del adicional de obra N° 01; y (iii) no contar con la capacidad técnico económica para la normal ejecución de los trabajos. Este apercibimiento resolutorio fue remitido notarialmente, siendo recibido por el Contratista el 12 de octubre del 2012.

No está acreditado -ni se ha mencionado- que el Contratista haya absuelto el apercibimiento resolutorio contenido en el oficio N° 3057-2012-MTC/21.

Está acreditado que mediante la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21, del 27 de noviembre del 2012, la Entidad resolvió el Contrato de Obra por los incumplimientos descritos en el apercibimiento resolutorio y por haber acumulado la penalidad máxima. Esta resolución del contrato fue notificada al Contratista mediante correo electrónico del 27 de noviembre del 2012 y notarialmente el 30 de noviembre del 2012.

Está acreditado también que el 3 de diciembre del 2012 se llevó a cabo la constatación física e inventario de la Obra.

Finalmente, también está acreditado que mediante carta N° 70-2012-HRC-GG/HZ, el Contratista sometió a arbitraje la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra. Esta carta fue recibida por la Entidad el 21 de diciembre del 2012.

- 12.5. Considerando los hechos acreditados, para analizar las pretensiones interpuestas por ambas partes corresponde determinar en primer lugar si es que se ha configurado el consentimiento alegado por la Entidad, es

decir, si es que el Contratista ha aceptado de modo tácito la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra.

- 12.6. Efectivamente, el argumento central que sustenta la pretensión reconvenida de la Entidad es que su decisión de resolver el Contrato ha sido consentida por el Contratista *«por no haberse peticionado el arbitraje dentro del plazo de ley»*. Este argumento no ha sido refutado por el Contratista quien ha alegado más bien que la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra es nula por indebida motivación.
- 12.7. Atendiendo lo expuesto, el Colegiado considera pertinente analizar en primer lugar si existe el “consentimiento” invocado por la Entidad. Por ende, el Colegiado considera necesario determinar los siguientes puntos:
  - (i) Determinar el lapso dentro del cual el Contratista sometió a arbitraje la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra.
  - (ii) Determinar si el Contrato establece un plazo dentro del cual el Contratista debía someter a arbitraje la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra.
  - (iii) Determinar si corresponde aplicar al caso de autos el consentimiento tácito previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 12.8. En cuanto al lapso en el cual el Contratista sometió a arbitraje la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra, de las pruebas actuadas se tiene que la Entidad comunicó notarialmente su decisión de resolver el contrato el 30 de noviembre del 2012, y que el Contratista sometió a arbitraje dicha decisión el 21 de diciembre del 2012; por ende, se tiene que el Contratista acudió al arbitraje a los quince días

hábiles contados desde el momento en que la Entidad notarialmente le comunicó la resolución del Contrato de Obra.

- 12.9. Siguiendo con el análisis, corresponde determinar si el Contrato de Obra establece el plazo dentro del cual el Contratista debía de someter a arbitraje la decisión de la Entidad de resolver el contrato. Del análisis efectuado, se tiene que en el Contrato de Obra no se establece el plazo dentro del cual la parte en desacuerdo con la resolución del contrato deba acudir al arbitraje, lo único que establece al respecto la cláusula trigésimo segunda es que *«En caso que surgiera alguna controversia respecto a la Resolución de Contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los procedimientos de arbitraje»*.
- 12.10. Corresponde ahora determinar si es aplicable al caso analizado el consentimiento tácito previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto, el Contrato de Obra fue celebrado el 18 de junio del 2012 cuando estaba vigente el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Este Reglamento disponía en su artículo 209 lo siguiente

**«Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras**

*La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.*

*La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz,*

*dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.*

*Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.*

*En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.*

*En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.*

*Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.*

*En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.*

*En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal» (El subrayado es agregado).*

Se observa de este modo que el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que la parte disconforme con la resolución del contrato debe acudir al arbitraje dentro del plazo de diez

días hábiles «*vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida*». Precisamente, es esta norma la que invoca la Entidad como sustento de su pretensión reconvenida y es en virtud de ella que considera que la resolución del contrato ha quedado consentida por el Contratista.

- 12.11. En opinión del Colegiado, lo que en buena cuenta propone la Entidad es que la falta de pronunciamiento del Contratista dentro del plazo de diez días hábiles, sea entendida como consentimiento de la decisión de resolver el Contrato de Obra. Respecto de este pedido es imperativo tener en cuenta lo previsto en el artículo 142 del Código Civil que dispone que «*El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado*». Por ende, sólo si la ley o el Contrato celebrado entre las partes le atribuyen al silencio tal efecto, podrá concluirse que la decisión de resolver el Contrato ha quedado consentida si es que el Contratista no acudió al arbitraje dentro del plazo de diez días hábiles.
- 12.12. Conforme se ha visto en el fundamento 12.10, del análisis del Contrato, el Colegiado no ha encontrado ninguna cláusula en la que se establezca el efecto de no acudir al arbitraje dentro del plazo de diez días hábiles, por lo que concierne determinar si corresponde aplicar al presente caso las normas contenidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 12.13. Conforme ha sido analizado en el acápite VI, el Contrato se ha formalizado en el marco en el marco de los Contratos de Préstamos N° 1810/OC-PE-BID y N° 7423-PE-BIRF suscritos entre el Estado peruano con el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Por ende, las normas de contratación pública no resultan aplicables a los contratos celebrados de acuerdo

con las exigencias de organismos internacionales pues así lo dispone expresamente el literal t) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017.

Por ende, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones, las normas de dicha ley y en consecuencia también de su reglamento, no resultarían aplicables al Contrato pues la propia ley así lo establece. Ello debe asumirse así aun cuando el artículo 3 del Reglamento de la Ley permita la aplicación supletoria para llenar vacíos o deficiencias del Contrato<sup>47</sup>, pues, conforme lo dispone el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Siendo que, en principio, la manifestación de voluntad debe ser siempre expresa, el Colegiado considera que no podría aplicarse analógicamente una norma para suplir un vacío o una laguna cuando la misma norma establece que no es aplicable a dicho contrato. Empero, siendo cierta esta apreciación inicial, el Colegiado tiene en cuenta que en el caso de autos la situación es distinta ya que las propias partes han acordado expresamente la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a la relación contractual que han celebrado. Efectivamente en la cláusula novena del Contrato de Obra se establece que:

*«Será de aplicación supletoria al presente Contrato en cuanto no se opongan al Contrato de Préstamo suscrito con el BID y el BIRF, el mismo que sirve para aclarar hechos y crear derechos, la Ley de Contrataciones del Estado D.L. N° 1017 y su Reglamento, D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias, así como toda norma nacional aplicable a los Contratos suscritos por Entidades del Estado».*

<sup>47</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones.- «Artículo 3.- Aplicación supletoria de la Ley.- La Ley y el presente Reglamento serán de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas».

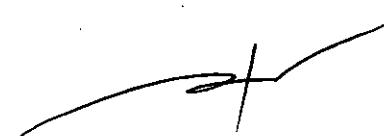
- 12.14. Por ende, si las partes han acordado que es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento la que se aplica supletoriamente al contrato, se tiene que estos dispositivos, inicialmente no aplicables, resultan siendo aplicables pues las partes así lo han acordado expresamente. La aplicación de tales normas no se hace entonces por analogía, sino como parte de la supletoriedad aceptada y querida expresamente por las partes<sup>48</sup>.
- 12.15. Estando entonces a lo expresado precedentemente, y al haberse determinado que el Contratista sometió a arbitraje la resolución del Contrato el 21 de diciembre del 2012, quince días hábiles después de haber sido notificado, se tiene que dicha solicitud arbitral se presentó fuera del plazo de diez días hábiles previsto en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y, en consecuencia debe entenderse para todos los efectos que tal decisión ha quedado consentida por el Contratista.
- 12.16. En virtud a estas consideraciones, el Colegiado considera que la primera pretensión reconvenida por la Entidad corresponde ser declarada fundada y, en consecuencia con ello, consideramos que corresponde declarar que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 ha quedado consentida.
- 12.17. Ahora bien, también es cierto que como quinta pretensión de su demanda el Contratista ha demandado que se declare la nulidad e

<sup>48</sup> Mario Alzamora Valdez indica que «Puede definirse la analogía, como un procedimiento que consiste en aplicar la norma establecida para un caso a otro no previsto, en razón de la igualdad "esencial" que existe entre ambos». Y, agrega que «La analogía ha sido confundida por algunos juristas con la interpretación extensiva [llamada también interpretación sistemática], pero existe clara diferencia entre ambas operaciones: la primera se refiere a casos no previstos por la norma, mientras que la segunda, se aplica a situaciones virtualmente comprendidas en ella. Camelutti, ha expresado con acierto, precisando la diferencia, que mientras interpretación extensiva sirve para conocer lo que el legislador ha pensado, la analogía da a conocer lo que habría pensado si hubiera previsto el caso». Introducción a la Ciencia del Derecho. Décima edición, Editorial y Distribuidora de Libros. Lima 1987. Pág. 277.

ineficacia de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 «*POR CARECER DE ASIDERO Y POR NO HABER SEGUIDO EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 169 DEL D.S. N° 184-2008-EF, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO*».

Si bien el Contratista no ha expresado en qué concretamente la Entidad no habría seguido el procedimiento previsto para resolver el Contrato de Obra, el Colegiado ha analizado este aspecto, habiendo determinado que la Entidad efectuó el apercibimiento resolutorio mediante oficio N° 3057-2012-MTC/21, del 10 de octubre del 2012, comunicado notarialmente al Contratista el 12 de octubre del 2012. El Colegiado también ha verificado que luego de vencido el plazo de quince días previsto en el apercibimiento resolutorio, la Entidad resolvió el Contrato de Obra decisión que fue notificada notarialmente al Contratista el 30 de noviembre del 2012; el Colegiado también ha observado que la resolución del contrato se ha efectuado en base a los incumplimientos por los cuales el Contratista fue apercibido, y, además, por haber acumulado la penalidad máxima. De todo ello, el Colegiado considera que la Entidad no incurrió en ningún vicio en el procedimiento realizado para resolver el Contrato de Obra, observándose más bien que en este aspecto la Entidad cumplió con lo previsto en la cláusula trigésimo tercera del Contrato de Obra que concuerda en este extremo con el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable supletoriamente al caso analizado.



- 12.18. De otro lado, el Contratista también ha alegado que la decisión de la Entidad de resolver el Contrato carece «*DE ASIDERO LEGAL*» y en tal sentido en el escrito presentado el 4 de diciembre del 2015 ha alegado que «*la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 carece de una debida motivación, conforme el Art. 6º de la Ley 27444 -Ley de*
- 
- 

*Procedimiento Administrativo General-; así, siendo la motivación un requisito de validez, su defecto u omisión va a constituir causal de nulidad, conforme el Art. 10º de la Ley N° 27444. Por lo tanto, dicha resolución es nula de pleno derecho, conforme lo expuesto»<sup>49</sup>.*

Al respecto, es bueno recordar que conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, la debida motivación es una garantía frente a la arbitrariedad y garantiza que las decisiones jurisdiccionales o de la administración no se encuentren justificadas en el mero capricho de quien resuelve «*sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso»<sup>50</sup>.* Empero, conforme el propio Tribunal lo ha señalado, en la sentencia dictada en el caso 03943-2006-PA/TC entre otras, no todo ni cualquier error «*constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales*», habiendo determinado el Tribunal Constitucional que el derecho a la debida motivación resulta afectado cuando se incurre en alguno de los siguientes supuestos (i) inexistencia o motivación aparente, (ii) falta de motivación interna del razonamiento; (iii) deficiencia en la motivación externa, (iv) motivación insuficiente; y (v) motivación sustancialmente incongruente.

Atendiendo el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, el Colegiado considera que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 se encuentra debidamente motivada en tanto que permite conocer las razones y justificaciones objetivas en función de las cuales la Entidad decidió resolver el Contrato de Obra. Conforme hemos visto en el fundamento 12.4 las razones invocadas para resolver el Contrato de Obra fueron las siguientes (i) Paralización injustificada de obra, con

<sup>49</sup> Escrito presentado por el Contratista el 04/12/2015, pág. 20.

<sup>50</sup> Cfr. Fundamento N° 4 de la STC N° 03943-2006-PA/TC emitida el 11 de diciembre del 2006.

ausencia del personal y del residente de obra, así como falta de la maquinaria ofertada en la propuesta técnica para la ejecución de la obra; (ii) no iniciar los trabajos del adicional de obra N° 01; (iii) no contar con la capacidad técnico económica para la normal ejecución de los trabajos, y (iv) exceder el monto máximo de la penalidad. Cada una de estas razones se encuentran explicadas en la Resolución Directoral comentada y su configuración permite resolver el Contrato de Obra por incumplimiento del Contratista pues así lo dispone expresamente la cláusula 33.1 del Contrato de Obra, concordante con el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable supletoriamente. Por ende, a juicio del Colegiado la resolución directoral comentada no incurre en una indebida motivación, y en consecuencia no se ha afectado el derecho del Contratista para cuestionar esa decisión en caso de estar en desacuerdo con ella.

Que la decisión sea motivada no significa necesariamente que las causales invocadas para resolver el contrato sean correctas o adecuadas, significa simplemente que la decisión de resolver el contrato –sea por la entidad o el contratista- se encuentra justificada objetivamente, y ello porque, conforme lo expresado el Tribunal Constitucional citando a Juan Igartua Salaverría, «*el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta*»<sup>51</sup>.

- 12.19. Ahora bien, de lo actuado en el proceso queda claro para el Tribunal que cuando el Contratista alega que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 es nula porque «*carece de una debida motivación*», se refiere a un aspecto distinto, esto es si las causales invocadas por la Entidad para resolver el Contrato de Obra son fundadas o infundadas.

<sup>51</sup> Cfr. Fundamento N° 11 de la STC N° 090-2004-AA/TC emitida el 5 de julio del 2004.

Empero, el Colegiado considera que no puede ingresar a analizar este aspecto debido a dos aspectos que lo limitan.

El primero tiene que ver con que los argumentos de hecho en función de los cuales el Contratista considera que la decisión de la Entidad es infundada no han sido expuestos en la extensa etapa postulatoria del proceso, sino que recién han sido expresados en el escrito que presentó el 4 de diciembre del 2015, luego de declararse el cierre de la etapa probatoria (Resolución N° 23, del 30 de septiembre del 2015), luego de vencer en exceso el plazo del Contratista para presentar alegatos (el plazo venció el 19 de octubre del 2015) y el mismo día que se llevó a cabo la audiencia de informes orales. Por ende, mal podría el Tribunal en ingresar a analizar aspectos fácticos que han sido expuestos manifiestamente de modo extemporáneo, y cuando la otra parte no ha tenido la oportunidad de desvirtuarlos.

El segundo aspecto tiene que ver con el hecho que, conforme se ha determinado en el fundamento 12.15, el Contratista consintió la decisión de la Entidad de resolver el Contrato, en tanto que no presentó su solicitud arbitral dentro del plazo de diez días hábiles previsto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

12.20. Por las consideraciones expuestas el Colegiado ha arribado a la convicción que la quinta pretensión de la demanda interpuesta por el Contratista debe ser declarada infundada.

**XIII. ¿CORRESPONDE DECLARAR LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1229-2012-MTC/21?**

- 13.1. En el escrito presentado el 4 de septiembre del 2013 la Entidad reconvino como "primera pretensión principal subordinada" la siguiente:

**«Primera pretensión principal subordinada la primera pretensión principal (sic).- En caso se desestime la primera pretensión principal se declare la validez de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21»<sup>52</sup>**

- 13.2. Se trata –conforme la propia Entidad lo ha remarcado- de una pretensión subordinada y por lo tal sujeta a la eventualidad que la pretensión principal sea desestimada. Al haberse determinado que la primera pretensión principal de la reconvención es fundada debido a que ha quedado consentida la decisión de la Entidad de resolver el Contrato de Obra, carece entonces de sentido ingresar a analizar la pretensión subordinada, la cual debe ser declarada improcedente.

**XIV. ¿CORRESPONDE DISPONER LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS OTORGADAS POR EL CONTRATISTA?**

- 14.1. Asimismo, en el escrito presentado el 4 de septiembre del 2013 la Entidad reconvino como "primera pretensión principal accesoria" la siguiente:

**«Primera pretensión principal accesoria (sic) a la primera pretensión principal.- Se disponga la ejecución de las garantías otorgadas conforme al artículo 170º RLCE y la cláusula 33.4 del contrato»<sup>53</sup>**

- 14.2. La Entidad señala «que la resolución del contrato por causas imputables al contratista ha quedado consentida y/o en su caso que la misma es válida conforme a los argumentos expuestos precedentemente, por

<sup>52</sup> Escrito de contestación de demanda y reconvención del 04/09/2013, pág. 19. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

<sup>53</sup> Ibidem. El subrayado y las negritas corresponden al texto citado.

*tanto, conforme al artículo 170º RLCE y la cláusula 33.4 del contrato procede ejecutar las garantías que el contratista hubiera otorgado»<sup>54</sup>.*

- 14.3. La pretensión analizada es accesoria de la primera pretensión principal reconvenida por la Entidad, la misma que ha sido declarada fundada. Empero, debe analizarse en qué escenarios se encuentra previsto ejecutar las garantías otorgadas por el Contratista.
- 14.4. En relación a la ejecución de garantías, la Entidad sustenta su posición en el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual dispone:

*«Artículo 170º Efectos de la resolución.  
Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecutará las garantías que el contratista hubiere otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.  
[...].»*

Y, sobre este aspecto, el artículo 164 del Reglamento establece que:

**«Artículo 164.- Ejecución de garantías**

*Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:*

*1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.*

*Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.*

*2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías*

<sup>54</sup>

Ibidem. Págs. 19 y 20.

corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista» (El subrayado es agregado).

14.5. Por ende, de conformidad con lo previsto en los artículos 164 y 170 – ante una resolución del contrato- procede ejecutar la garantía de fiel cumplimiento y, en su caso, la garantía por el monto diferencial, cuando la decisión de la entidad de resolver el «*contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato*». En el presente caso, en el acápite XII se ha determinado que la decisión de la Entidad de resolver el Contrato ha quedado consentida de modo tácito pues el Contratista no presentó su solicitud arbitral dentro del plazo de diez días hábiles previsto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por ende, al haberse configurado uno de los escenarios en los que corresponde ejecutar la fianza de fiel cumplimiento y, de ser el caso, la fianza por el monto diferencial, corresponde declarar fundada en este extremo la pretensión analizada.

14.6. En lo que concierne a las fianzas por adelantos, el Colegiado considera que no corresponde ordenar su ejecución pues su suerte está condicionada al monto que resulte de la liquidación final del Contrato de Obra, tal y conforme lo dispone el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado («*Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto*

ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses [...]»).

**XV. ¿CORRESPONDE QUE EL CONTRATISTA INDEMNICE A LA ENTIDAD?**

- 15.1. En el escrito presentado el 4 de septiembre del 2013 la Entidad reconvino como "segunda pretensión principal accesoria" la siguiente:

**«Segunda pretensión principal accesoria (sic) a la primera pretensión principal.** - Se ordene el pago de S/.31,500.00 por concepto de indemnización de los daños y perjuicios generados por la resolución del contrato conforme al artículo 170 RLCE y cláusula 33.4 del contrato»<sup>55</sup>.

- 15.2. La Entidad alega que la resolución del Contrato ha quedado consentida por lo que procede la indemnización por los daños y perjuicios por S/.31,500.00 por constatación física, elaboración de expediente de saldo de obra, gastos de licitación, y gastos de supervisión. Al respecto, el Colegiado considera que la pretensión analizada debe ser desestimada pues la Entidad no ha acreditado ninguno de los daños que ha alegado.

**XVI. ¿CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD INDEMNICE AL CONTRATISTA? LA SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA**

- 16.1. En la demanda el Contratista interpuso como su séptima pretensión la siguiente:

**«D). SE RECONOZCA Y ORDENE EL PAGO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE ORIGINAN COMO DAÑO EMERGENTE, EN EL MAYOR COSTO DE NUESTRAS PÓLIZAS DE CAUCIÓN, DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, DE ADELANTO DIRECTO Y DE MATERIALES, AL HABERSE EXCEDIDO LOS PLAZOS**

<sup>55</sup> Escrito del 04/09/2013, pág. 19.

**CONTRACTUALES, LOS MISMOS QUE NO SE PUEDEN RECUPERAR POR LA DESIDIA DE LA ENTIDAD CONTRATANTE; LA DEMORA INNECESARIA A LA SOLUCIÓN DE LAS PRESENTES CONTROVERSIAS COMO EL PERJUICIO CAUSADO POR GASTOS DE PAGOS A EMPRESAS ASESORAS PARA EL PROCESO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE; ASIMISMO LOS GASTOS POR PAGOS AL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y TÉCNICO, AL HABERSE EXCEDIDO LOS PLAZOS CONTRACTUALES, TAL Y COMO LO ESTIPULA LOS ARTÍCULOS 1969º Y 1985º, DEL CÓDIGO CIVIL; ASÍ COMO LAS UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR POR TENER COMPROMETIDAS LAS GARANTÍAS NO PERMITIENDO LA PARTICIPACIÓN DE MI REPRESENTADA EN DIVERSOS PROCESOS DE SELECCIÓN»<sup>56</sup>.**

- 16.2. La obligación del Contratista de presentar y mantener vigentes garantías por la ejecución de sus prestaciones se encuentra contemplada en la cláusula décima tercera (garantía de fiel cumplimiento) y en la cláusula décima cuarta (garantía por adelantos).
- 16.3. Respecto de la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, la cláusula décima tercera establece que «*será por el plazo de ejecución de la Obra, y hasta 30 días calendarios después de consentida la liquidación del Contrato, en estricta concordancia con las Bases de la Licitación, debiendo ser entregada o ejecutada según las circunstancias antes anotadas*». Por ello, atendiendo que aún no se ha procedido a la liquidación final de obra, el Contratista se encuentra obligado, conforme lo dispone el Contrato, a mantener vigente las cartas fianzas.
- 16.4. Por las razones expuestas, y atendiendo además que las otras pretensiones principales del Contratista –con excepción de la referente a la ampliación de plazo N° 4- han sido desestimadas, el Colegiado considera que la pretensión indemnizatoria deviene también en infundada.

<sup>56</sup> Escrito de demanda, págs. 3 y 4. Las mayúsculas corresponden al texto citado.

- 16.5. Asimismo, debe tenerse presente que, tal como lo expresa Alterini, el «*daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable*»<sup>57</sup>. Respecto de este carácter, el Colegiado es de la opinión que el Contratista no ha acreditado la ocurrencia del daño invocado, ni ha acreditado su cuantía, razón adicional para desestimar su pretensión indemnizatoria.

## **XVII. LOS COSTOS ARBITRALES**

- 17.1. Finalmente, corresponde analizar el punto controvertido relacionado con los costos arbitrales, estableciendo en qué proporción deben ser asumidos por las partes. Sobre el particular, el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje dispone que «*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 prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*

Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este aspecto, corresponde distribuir los costos arbitrales entre las partes conforme se indica a continuación.

17.2. El Colegiado ha apreciado que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y por ello han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia.

<sup>57</sup> ALTERINI, Aníbal Atilio, y otros. Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1994. Pág. 259.

17.3. Por ello, consideramos que no corresponde ordenar a ninguna de ellas el pago de los costos arbitrales. En consecuencia, se dispone que cada parte asuma sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios del Tribunal y de la secretaría arbitral, deben ser asumidos en partes iguales. Habiendo cada parte asumido los costos comunes en la proporción que les correspondía, no corresponde disponer en este caso ningún reembolso.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, el Tribunal Arbitral resolviendo en Derecho **LAUDA**:

**PRIMERO:** Declarar **infundada** la excepción de caducidad propuesta por la Entidad en contra de la primera, segunda, tercera y cuarta pretensiones de la demanda presentada por el Contratista el 23 de julio del 2013.

**SEGUNDO:** Declarar **infundada** la excepción de caducidad propuesta por la Entidad en contra de la quinta pretensión de la demanda presentada por el Contratista el 23 de julio del 2013.

**TERCERO:** Declarar **infundada** la primera pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello no corresponde declarar la nulidad ni la ineficacia de la Resolución Directoral N° 825-2012-MTC/21 en el extremo que no ordenó el pago de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 01.

**CUARTO:** Declarar **infundada** la segunda pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello no corresponde declarar la nulidad ni la ineficacia de la

Resolución Directoral N° 943-2012-MTC/21 en el extremo que no ordenó el pago de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 02.

**QUINTO:** Declarar infundada la tercera pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello no corresponde aprobar por "silencio positivo" la solicitud de ampliación de plazo N° 03, ni corresponde ordenar el pago de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 03.

**SEXTO:** Declarar fundada en parte la cuarta pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello, conceder la ampliación de plazo N° 04 presentada por el Contratista por veinte (20) días calendario, e infundada en el extremo del pago de los mayores gastos generales.

**SÉPTIMO:** Declarar infundada la quinta pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello, no corresponde declarar la nulidad ni la ineficacia de la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21.

**OCTAVO:** Declarar infundada la séptima pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013. En consecuencia con ello, no corresponde que la Entidad indemnice al Contratista.

**NOVENO:** Declarar fundada la primera pretensión principal de la reconvención presentada por PROVIAS Descentralizado el 4 de septiembre del 2013. En consecuencia, declarar que la Resolución Directoral N° 1229-2012-MTC/21 –que declaró resuelto el Contrato de Obra por causales atribuibles al Contratista- ha quedado consentida.

**DÉCIMO:** Declarar improcedente la pretensión subordinada de la primera pretensión principal de la reconvención presentada por PROVIAS Descentralizado el 4 de septiembre del 2013.

**DÉCIMO PRIMERO:** Declarar fundada en parte la primera pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la reconvención presentada por PROVIAS Descentralizado el 4 de septiembre del 2013. En consecuencia, disponer la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y, de ser el caso, de la garantía por el monto diferencial.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Declarar infundada la segunda pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la reconvención presentada por PROVIAS Descentralizado el 4 de septiembre del 2013. En consecuencia con ello, no corresponde que el Contratista indemnice a la Entidad.

**DÉCIMO TERCERO:** Declarar fundada la segunda pretensión principal de la reconvención presentada por PROVIAS Descentralizado el 4 de septiembre del 2013. En consecuencia con ello, se declara que las ampliaciones de plazo otorgadas en la ejecución del Contrato de Obra no generan el pago de mayores gastos generales.

**DÉCIMO CUARTO:** Declarar infundada la primera pretensión de la acumulación presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 2 de septiembre del 2014.

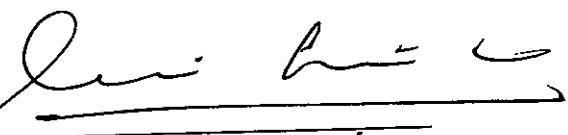
**DÉCIMO QUINTO:** Declarar infundada la segunda pretensión de la acumulación presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 2 de septiembre del 2014.

**DÉCIMO SEXTO:** Declarar infundada la tercera pretensión de la acumulación presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 2 de septiembre del 2014.

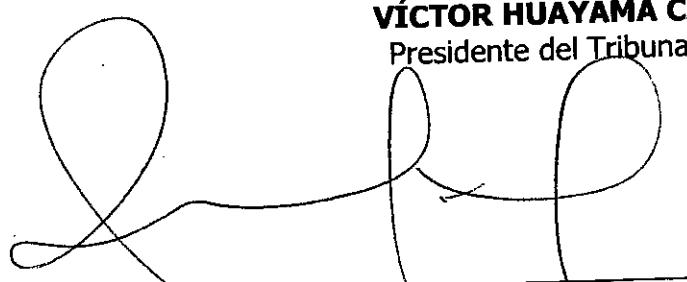
**DÉCIMO SÉPTIMO:** Disponer que cada una de las partes asuman los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral.

**DÉCIMO OCTAVO:** A la sexta pretensión de la demanda presentada por Hinostroza Rodríguez Contratistas S.R.L. el 23 de julio del 2013 relacionada con la condena de costos arbitrales: estese a lo decretado en el punto resolutivo precedente.

  
**DIANA REVOREDO LITUMA**  
Árbitra

  
**MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ**  
Árbitro

  
**VÍCTOR HUAYAMA CASTILLO**  
Presidente del Tribunal Arbitral

  
**Carmen Antonella Quispe Valenzuela**  
Árbitro Soluciones Arbitrales SRL  
Secretaría Arbitral