

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN N° 22

Iquitos, 29 de marzo del 2017

Demandante:

CONSORCIO LORETO
En adelante **EL DEMANDANTE o EL CONSORCIO.**

Demandada:

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS
En adelante **LA DEMANDADA o LA MPM**

Tribunal Arbitral:

- Abog. Erlin Guillermo Cabanillas Oliva (Presidente)
- Abog. Jorge Casado Zumaeta (Miembro)
- Abog. Kim Moy Angélica Camino Chung (Miembro)

Secretaría Arbitral:

- Abog. Percy Héctor Zúñiga Pastor

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

I.1 El presente proceso arbitral fue iniciado por el CONSORCIO LORETO (en adelante **EL CONSORCIO**) contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS (en adelante **LA MPM**), en base al acuerdo de arbitraje contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-MPM, del 30 de octubre del 2015, para la ejecución de la obra: "MEJORAMIENTO DE LA CALLE CENTRAL (CA. MANUEL SEOANE/CA. LEOPOLDO LÓPEZ), DISTRITO DE IQUITOS-PUNCHANA, PROVINCIA DE MAYNAS – LORETO", por el monto total de su propuesta económica ascendente a S/3'009,469.00 (tres millones nueve mil cuatrocientos sesenta y nueve con 00/100 soles), sin IGV, a todo costo, con un plazo de ejecución de ciento (120) días calendario, bajo la modalidad de contrato a SUMA ALZADA, conforme a los requerimientos técnicos mínimos, que dispone lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

La conciliación o arbitraje se llevará a cabo en la Cámara de Comercio de Loreto, sujetándose a sus disposiciones internas".

- I.2 EL CONSORCIO designó como árbitro de parte al Abogado Raúl Casado Zumaeta, LA MPM designó como árbitro de parte a la Abogada Kim Moy Angélica Lucia Camino Chung. El Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto fue quien designó como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al Abogado Erlin Guillermo Cabanillas Oliva.
- I.3 Mediante Resolución N° 01, del 25 de abril del 2016, el Tribunal Arbitral citó a las partes a Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, para el día viernes 29 de abril del 2016, a las 10:00 horas, oportunidad en la que no se llevó a cabo, dándose por frustrada la audiencia y reprogramándola para el viernes 06 de mayo del 2016, a las 10:00 horas, según aparece de la Resolución N° 02, del 29 de abril del 2016. Es así que por Resolución N° 03, del 06 de mayo del 2016, se vuelve a reprogramar la instalación del Tribunal Arbitral, señalándose para el miércoles, 11 de mayo del 2016, a las 10:00 horas; es así que con fecha 16 de mayo del 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, a la cual asistió el Abogado Erlin Guillermo Cabanillas Oliva, Presidente del Tribunal Arbitral, y el Abogado Raúl Casado Zumaeta, Miembro del mismo Tribunal, dejándose constancia de la inasistencia de la Abogada Kim Moy Angélica Lucia Camino Chung; asimismo, se contó con la presencia del representante legal de EL CONSORCIO, Sr. Ángel Moisés Valenzuela Portocarrero, dejándose igualmente constancia de la inasistencia del representante procesal de LA MPM, Abogado Segundo Roberto Vásquez Bravo, Procurador Público Municipal, pese a estar debidamente notificado.

II. LA LEY APLICABLE Y LAS NORMAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO

- II.1 De conformidad con el punto 4 del Acta de Instalación, de fecha 16 de mayo del 2016, serán de aplicación al presente arbitraje, los acuerdos previstos por las partes en el respectivo convenio arbitral, las reglas contenidas en la precitada acta, el Reglamento del Centro, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria Decreto Supremo N° 138-2012-EF.
- II.2 Según lo dispuesto en el punto 6 del Acta de Instalación, la sede del arbitraje es la ciudad de Iquitos y el idioma aplicable es el castellano.
- II.3 En virtud del convenio arbitral contenida en la cláusula décimo octava del contrato de ejecución de obra N° 007-2015-GM-MPM, el presente arbitraje será de tipo administrativo, conforme se señala en el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- II.4 Asimismo, corresponde señalar lo siguiente:
- II.4.1 El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normatividad de contrataciones vigente.
- II.4.2 La designación y aceptación de cada uno de los integrantes, árbitros habilitados, se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCIL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

- II.4.3 La demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos. Del mismo modo, la demandada fue formalmente emplazada con dicha demanda y ejercitó plenamente su derecho de defensa, contestando la misma.
- II.4.4 Ambas partes tuvieron absoluta libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
- II.4.5 En tal sentido, esta Árbitro dentro del plazo establecido, a través del presente, procederá a emitir el correspondiente Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia suscitada entre las partes, todas ellas debidamente acreditadas.

III. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

EL CONSORCIO, con escrito N° 1 de fecha 22 de abril del 2016, solicitó al Tribunal Arbitral dicte una medida cautelar de no innovar, a fin que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS se abstenga de ejecutar las Cartas Fianzas de FIEL CUMPLIMIENTO N° 0011-0305-9800062115-05, de ADELANTO DIRECTO FIANZA N° 0011-0305-9800062255-09 y de ADELANTO DE MATERIALES FIANZA N° 0011-0305-9800063200-04 emitidos por el BBVA CONTINENTAL.

El pedido fue acogido por el Tribunal Arbitral, el mismo que ante un pedido de oposición al concesorio tuvo a bien declarar improcedente tal pedido.

Debe indicarse que la medida cautelar corrió en expediente separada y fue otorgada *in auditum pars*, como corresponde al pedido.

IV. DE LA DEMANDA ARBITRAL

IV.1 Con fecha 26 de mayo del 2016 EL CONSORCIO presentó, en sede arbitral, su escrito N° 1, con la sumilla «Demandra Arbitral», de cuyo petitorio fluye la interposición de demanda acumulativa, objetiva, originaria de pretensiones contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, enunciando sus pretensiones principales y subordinadas del modo siguiente

- **Primera Pretensión Principal.-** que, se DECLARE NULA la Resolución de Alcaldía N° 161-2016 de Aprobación de Adicional N° 01 y Deductivo Vinculado N° 1.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.-** Que, en caso se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se apruebe el Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculado N° 01 por el monto de S/. 429,489.22 considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad.
- **Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.-** Que, en caso NO se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 422,798.47.
- **Segunda Pretensión Principal.-** Que, se orden a la entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en el asiento N° 151 del Cuaderno de Obra, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 03 por el monto de S/. 46,132.28 y el Deductivo Vinculante N° 03 por el monto de S/. 12,342.83.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCIL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

- **Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la segunda pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 33,789.45.
- **Tercera Pretensión Principal.** - Que, se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en el asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53 y el Deductivo Vinculante N° 02 por el monto de S/. 3,556.28
- **Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la tercera pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 3,696.25.
- **Cuarta Pretensión Principal.** - Que, se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en los asientos N° 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la cuarta pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizable por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 36,545.00.
- **Quinta Pretensión Principal.** - Que, se declare Nula la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara IMPROCEDENTE nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 21 días calendarios, argumentando sin fundamento que nuestra solicitud de ampliación de plazo no afecta la ruta crítica de la obra.
- **Sexta Pretensión Principal.** - Que, se declare FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 pro 21 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimiento establecidos en el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.
- **Séptima Pretensión Principal.** - Que, se determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más INTERESES hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Art. 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente; donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario
- **Primera Pretensión subordinada a la séptima pretensión principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la quinta y sexta pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado con el objeto de concluir la obra dentro del plazo contractual.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

- **Octava Pretensión Principal.**- Que, se declare Nula la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba veintiocho (28) días calendarios de ampliación de plazo.
- **Novena Pretensión Principal.**- Que, se declare FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendarios de ampliación de plazo solicitados.
- **Décima Pretensión Principal.**- Que, se determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más INTERESES hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Art. 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente; donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario
- **Primera Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal.**- Que, en caso NO se APRUEBE la octava y novena pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado con el objeto de concluir la obra dentro del plazo contractual.
- **Onceava Pretensión Principal.**- Que, considerando que nuestra representada no es responsable de las deficiencias y/o vicios ocultos del expediente técnico, solicito que las tasas del ARBITRAJE, así como los costos y costas del PROCESO ARBITRAL sean pagados totalmente por la ENTIDAD CONTRATANTE; por haber ordenado a nuestra representada ejecutar trabajos que no correspondían al objeto de nuestro contrato.

IV.2 Mediante Resolución N° 06, del 11 de junio del 2016, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de demanda presentado por el CONSORCIO LORETO, en los términos que se expresan en dicho documento, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se señalan y, mandándose agregar a los autos los anexos que se acompañan; asimismo, se corrió traslado a la parte demandada por el término de diez (10) días hábiles para que la conteste y de considerarlo conveniente formule reconvención.

V. **DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA FORMULADAS POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.**

- V.1 Con escrito de fecha 01 de julio del 2016, LA MPM, previo a contestar la demanda formuló la EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA DE ARBITRAJE, por considerar que las diecinueve pretensiones que contiene la demanda son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles, (si no sirve la primera considérame la segunda y si la segunda también no sirve considérame la décima), por lo que se debe ordenar al demandante que precise cuáles son sus pretensiones en forma clara y precisa, con la finalidad de que la demandada absuelva cada una de sus pretensiones. Agrega que la forma en la cual se ha planteado la demanda impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la pretensión demandada. Los fundamentos de derecho que menciona en su escrito, los artículos 184, 199, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

del Estado y el artículo 52 de la Ley de Contrataciones, resultan ser normas que tratan sobre plazos de caducidad, que según LA MPM son plazos especiales para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias derivadas de la resolución del contrato.

V.2 Es de señalar que por medio de la Resolución N° 09 (Principal), del 05 de agosto del 2016, el Colegiado tuvo por deducida la Excepción de Ambigüedad de fecha 01 de julio del 2016 y concedió al CONSORCIO LORETO un plazo de cinco (05) días hábiles a fin que se pronuncie tanto del escrito de excepción como del de contestación de la demanda de fecha 08 de julio del 2016, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, pidiendo se declare oportunamente improcedente y/o infundada la misma.

**VI. DE LA ABSOLUCIÓN DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DEDUCIDA POR
LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS RELACIONADA AL ESCRITO DE
DEMANDA.**

VI 1 El CONSORCIO LORETO, mediante escrito de fecha 16 de agosto del 2016, se pronuncia respecto a lo invocado por LA MPM, señalando que sus diecinueve pretensiones son claras y debidamente fundamentadas, adjuntando para el caso, copia de un laudo arbitral con pretensiones similares, lo que les sirve de sustento para asumir validez a sus pretensiones, solicitando que la excepción de ambigüedad y la contestación de la demanda sean declaradas improcedentes, de acuerdo a Ley.

VI.2 Por Resolución N° 11, del 26 de agosto del 2016, el Tribunal Arbitral tiene a bien correr traslado por cinco (05) días hábiles el escrito en el cual el CONSORCIO LORETO se pronuncia sobre la Excepción de Ambigüedad en el modo de proponer la demanda y el escrito de absolución de la demanda por parte de LA MPM, con la finalidad que se pronuncie en lo que a su derecho corresponde.

VI 3 Por Resolución N° 12, del 19 de octubre del 2016, el Tribunal Arbitral declara nula la segunda parte resolutiva de la Resolución N° 11, del 29 de agosto del 2016, en cuanto a la programación de fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios de Prueba, fijándose incluso fecha para celebrar la mencionada audiencia el 07 de setiembre del 2016. En el Cuarto Punto de la parte resolutiva, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de resolver la Excepción deducida por LA MPM, conjuntamente con las cuestiones de fondo en el Laudo Arbitral. Para ello cita a las partes a Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se ha llevado a cabo según acta de su propósito.

**VII. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS
CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.**

VII.1 Con fecha 27 de octubre del 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, contándose con la presencia de los representantes de ambas partes, señalándose por parte del Tribunal Arbitral que de conformidad con las reglas del Acta de Instalación que el medio de defensa consistente en la Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda será resuelta en la forma y modo dispuesto en la resolución N°12, del 19 de octubre del 2016, por lo que se declara la existencia de una relación jurídica procesal válida derivada del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

MPM - "MEJORAMIENTO DE LA CALLE CÉNTRAL (CA. MANUEL SEOANE / CA. LEOPOLDO LÓPEZ) DISTRITO DE IQUITOS-PUNCHANA, PROVINCIA DE MAYNAS-LORETO".

- VII.2 Acto seguido, conforme consta en el acta que se tiene mencionada, el Tribunal Arbitral propicio la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, exponiéndose las ventajas que este mecanismo trae consigo, las partes al unísono manifestaron que no es posible arribar a tal conciliación, por lo que se declaró frustrada la conciliación, no llegándose a un acuerdo satisfactorio.
- VII.3 En tal escenario, el Tribunal Arbitral, con las facultades contenidas en las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los PUNTOS CONTROVERTIDOS, respecto de cada una de las pretensiones planteadas en el presente proceso arbitral, siendo los siguientes:
- VII.3.1 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, que resuelve aprobar el Adicional de Obra N° 01 y el Deductivo de Obra N° 01.
 - VII.3.2 Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 429,489.22.
 - VII.3.3 Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del adicional N° 01 aprobado por la parte demandada..
 - VII.3.4 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 151, así como los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico de S/. 46,132.28, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución de la obra.
 - VII.3.5 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, lo cual generará la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7.252.53.
 - VII.3.6 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en los Asientos N°s. 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.
 - VII.3.7 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara improcedente la solicitud de la Contratista de la Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

- VII.3.8 Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendario, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.
- VII.3.9 Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo dispuesto en el artículo N° 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- VII.3.10 Primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 24,463.09, correspondiente a los mayores gastos generales.
- VII.3.11 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba veintiocho (28) días calendario de ampliación de plazo.
- VII.3.12 Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendario, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendario de ampliación de plazo solicitados.
- VII.3.13 Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- VII.3.14 Primera pretensión subordinada a la décima tercera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 58,593.74, correspondiente a los mayores gastos generales.
- VII.3.15 Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.
- VII.4 El Tribunal Arbitral actuó seguido admitió los medios probatorios documentales que sirven de sustento a la demanda arbitral, así como de su respectiva contestación.

VIII. DE LA ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS E ILUSTRACIÓN DE HECHOS.

- VIII.1 Mediante Resolución N° 15, del 05 de enero del 2017, el Tribunal Arbitral señaló fecha y hora para llevar adelante la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos.

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INDUSTRIAL Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

VIII.2 El 11 de enero del 2017, las partes debidamente representadas por sus abogados se hicieron presente a la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, actuándose todos aquellos documentales ofrecidos por ambas partes, cuyo detalle corre inserto en el acta levantada para su propósito.

VIII.3 Asimismo, las partes cumplieron con exponer cada una sus posiciones en la Etapa de Ilustración de Hechos, con la respectiva réplica y dúplica, suscribiendo para mayor conformidad.

IX. DEL CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y DE LOS ALEGATOS ESCRITOS.

- IX.1 Con Resolución N° 16, del 12 de febrero del 2017, el Tribunal Arbitral resuelve disponer el cierre de la etapa probatoria del proceso arbitral en curso. Asimismo, otorga a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.
- IX.2 Con fecha 18 de enero del 2017, la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS presenta sus alegatos escritos, reafirmándose en su escrito de absolución de pretensiones del 11 de diciembre del 2016
- IX.3 El mismo 18 de enero del 2017, el CONSORCIO LORETO cumple con presentar sus alegatos y conclusiones finales, a efectos de que se tenga un cabal conocimiento de los hechos y en su oportunidad se emita un laudo con arreglo a Ley.
- IX.4 Con Resolución N° 17, del 26 de enero del 2017, el Tribunal Arbitral advierte que en la presentación de los alegatos escritos las partes no han solicitado hacer uso de la palabra, mediante el respectivo informe oral, por lo que se prescinde de la realización de tales informes orales y se declara que el presente proceso arbitral se encuentra en estado de laudar, por lo que se fija el plazo de treinta (30) días hábiles, con facultad de prórroga de otros quince (15) días hábiles más, para la emisión del correspondiente laudo.
- X.5 Con Resolución N° 19, del 18 de marzo de 2017, el Tribunal Arbitral prorroga el plazo para laudar en quince (15) días hábiles.
- XI.6 Con Resolución N° 20, del 22 de marzo del 2017, el Tribunal Arbitral, resuelve declarar en improcedente la recusación al Presidente del Tribunal Arbitral, planteada por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS ante el Centro de Arbitraje mediante escrito de fecha 30 de enero de 2017.
- XI.7 Con Resolución N° 21, del 22 de marzo del 2017, el Tribunal Arbitral, resuelve declarar infundada la Reconsideración presentado por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS a la Resolución N° 17, así como infundada la solicitud de Informe Oral presentado por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Y, CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

PRIMERO.- Antes de analizar la materia controvertida, corresponde hacer las siguientes afirmaciones: i) Que, el Tribunal Arbitral ha sido designado conforme a ley; ii) Que, en ningún momento anterior se ha recusado a los integrantes del Tribunal Arbitral; iii) Que, ambas partes tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral; v) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del presente proceso arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación; y, vi) Que, éste Colegiado en mayoría ha procedido a emitir el Laudo Arbitral dentro de los plazos aceptados por las partes.

SEGUNDO.- Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal en mayoría pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje, para determinar, sobre la base de la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza respecto de tales hechos.

TERCERO.- Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizados para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece:

"(...) LA ACTIVIDAD PROBATORIA NO PERTENECE A QUIEN LA REALIZA, SINO, POR EL CONTRARIO, SE CONSIDERA PROPIA DEL PROCESO, POR LO QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL HECHO A QUE SE REFIERE, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE BENEFICIE O PERJUDIQUE LOS INTERESES DE LA PARTE QUE SUMINISTRÓ LOS MEDIOS DE PRUEBA O AÚN DE LA PARTE CONTRARIA. LA PRUEBA PERTENECE AL PROCESO Y NO A LA PARTE QUE PROpuso O LO PROPORCIONÓ."¹

CUARTO.- Efectuadas estas precisiones a continuación se procederá al análisis de las pretensiones establecidas en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y que han sido materia del presente arbitraje.

QUINTO.- Este Tribunal en mayoría deja plena constancia que al emitir el presente Laudo Arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de modo alguno que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha

¹ TARAMONA H., José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Lima: Rodhas, 1994. P. 35

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio de éste Tribunal en mayoría tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

SEXTO.- Que, adicionalmente, debe precisarse que los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, y que el orden de prelación constituye solo una referencia para el análisis, pudiendo además realizar un estudio en conjunto en aquellos casos que sea pertinente. Asimismo, éste Tribunal en mayoría considera necesario precisar que para el análisis de las pretensiones no estima imperioso volver a repetir las posiciones de las partes en su integridad, ya que éstas constan en los antecedentes del presente Laudo Arbitral, sin que ello implique, de modo alguno, no haberlas tenido en consideración.

EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE LAS PRETENSIONES A RESOLVERSE:

En el caso que nos ocupa éste Tribunal en mayoría resolverá, en primer lugar, la Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Seguidamente, para resolver las cuestiones de fondo del presente proceso, se observarán los Puntos Controvertidos consignados en el Acta.

SÉTIMO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. Considera LA MPM que el CONSORCIO LEÓN (según aparece de su escrito de fecha 1 de julio del 2016) al presentar sus diecinueve pretensiones contenidas en su demanda, son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles (si no sirve la primera considérame la segunda y si la segunda también no sirve considérame la décima) ergo se debe ordenar al demandante para que precise cuáles son sus pretensiones en forma clara y precisa, con la finalidad de que la demandada absuelva a cada una de las pretensiones. Luego textualmente señala: "La forma en la cual está planteada las pretensiones, impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder el demandado negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la pretensión de la demanda".

OCTAVO.- Posición de EL CONSORCIO. El 16 de agosto del 2016 EL CONSORCIO emite pronunciamiento sobre la excepción deducida por LA MPM señalando que las diecinueve pretensiones de su demanda son claras y debidamente fundamentadas, adjuntando copia de un laudo arbitral el cual considera similar a sus pretensiones, lo que demostraría que aquellas se encuentran ceñidas a ley y no necesitan de mayor fundamentación.

NOVENO.- Decisión Antes de pasar a desarrollar lo tocante a este medio de defensa, resulta necesario indicar que la Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda sirve, en palabras de TICONA "(...) para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: ¿quién demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿qué se demanda? O ¿por qué se demanda?, de manera fluida y clara" (TICONA, 1996, Tomo I:575, citado en *Las Excepciones en el Proceso Civil*, por Alberto Hinostroza Minguez, Ediciones Forenses, Primera Edición, octubre de 1997, página 298); siendo así, se tiene que LA MPM contestó la demanda arbitral debidamente notificada a su parte, el 8 de julio del 2016, oportunidad en que enfatiza que la misma debe declararse oportunamente IMPROCEDENTE y/o INFUNDADA, no sin antes negarla y contradecirla en todos sus extremos, exponiendo a renglón seguido sus fundamentos de hecho y de derecho.

Cabe señalar a este punto, de los actuados arbitrales, que la entidad emplazada ha contestado la demanda en claro ejercicio de su derecho de defensa, situación que permite asumir respecto a la alegada oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, que ésta no existe, pues

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCIL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

refiriéndose a las pretensiones de EL CONSORCIO solamente menciona que son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles. Dicho esto, se debe declarar infundada la Excepción deducida de Oscuridad y/o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES Y/O PUNTOS CONTROVERTIDOS

Previo al análisis, y a criterio de este Tribunal en mayoría, se considera conveniente precisar que las controversias se pueden agrupar en dos conjuntos: i) primer grupo relacionado a la aprobación de adicional de obra y ii) el segundo grupo relacionado a las ampliaciones de plazo. En ese sentido, se procederá a examinar la primera pretensión principal, primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, y segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal de manera conjunta pues guardan una relación intrínseca.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.1 PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, que resuelve aprobar el Adicional de Obra N° 01 y el Deductivo de Obra N° 01.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 429,489.22.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del Adicional N° 01 aprobado por la parte demandada.

DÉCIMO.- Posición del CONSORCIO LORETO. Mediante Carta N° 004-2016-GOI-MPM, notificada el 28 de enero del 2016, la MPM cumple con comunicar que la elaboración del Expediente concerniente al Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 estará a su cargo en cumplimiento del artículo 207² del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado La

² Artículo 207*. - Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que realizará la Entidad previo a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obras serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

supervisión, con Carta N° 001-2016-JPCL, del 21 de enero del 2016, aprueba la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra con deductivo vinculante; añadiendo que se deberá tener en cuenta solo y únicamente los tramos materia de consulta y absolución respectivamente, es decir, los Pasajes Central (Tramo 5B), 16 de Mayo (Tramo 7B), ciñéndose a los planos alcanzados y aprobados por la Entidad mediante Carta N° 332-2015-GOI-MPM, del 03 de diciembre del 2015.

EL CONSORCIO no está de acuerdo con la resolución emitida por la Entidad contratante; ya que oportunamente mediante Carta Notarial se le indicó que al efectuarse modificaciones al proyecto se tiene que considerar los metrados totales de las partidas involucradas en las modificaciones y no solamente metrados parciales de dichas partidas como ha considerado la Entidad en el adicional de obra N° 01; ya que al verificar los metrados de las partidas de mortero y armadura de fierro estos metrados no fueron considerados en el expediente técnico por deficiencias y vicios ocultos del expediente técnico. Todo lo cual es fundamento para solicitar se declare nula la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, de aprobación del Adicional N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01.

DÉCIMO PRIMERO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. La Entidad Municipal al absolver este punto controvertido expresa que el demandante no indica y/o precisa la razón por la que se debe declarar la nulidad, y más aún si bien inobservando lo acordado por las partes en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución, —sobre el plazo para impugnar las controversias que surjan de la ejecución del contrato de obra, que caducan en el plazo de quince (15) días de producido el hecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos N°s. 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 52 de la mencionada Ley—. Que en la demanda no se precisa las causales de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM.

La necesidad de tramitar la autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. El inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra.

La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del contratista ejecutor de la obra principal, en calidad de prestación adicional de obra, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 174º del Reglamento. Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del contratista que la ejecuta, cuando considere encargártela a éste la elaboración del expediente técnico.

Cuando el expediente técnico es elaborado por la Entidad o por un consultor externo, será necesario verificar con el contratista ejecutor de la obra principal, que la solución técnica de diseño se ajusta a la prestación principal; asimismo, independientemente de quién elabore el expediente técnico, deberá tenerse en consideración lo señalado en los párrafos tercero y cuarto de este artículo.

Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la Entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional. Recibido dicho informe, la Entidad cuenta con catorce (14) días para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, podrá ser causal de ampliación de plazo.

Cuando la Entidad decida autorizar la ejecución de la prestación adicional de obra, al momento de notificar la respectiva resolución al contratista, también debe entregarle el expediente técnico de dicha prestación, debidamente aprobado.

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista podrá reducir el monto de dicha garantía.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Señala, además que la nulidad procede por causas que contravienen la Ley, precisando que el Consorcio ha contravenido el procedimiento de adicionales de obras contemplados en el artículo 41³ de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias vigentes, y el artículo 207 del Reglamento de la mencionada ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias vigentes, por lo que la pretensión cuestionada debe de declararse infundada.

Asimismo indica que de acuerdo a los actuados se ha podido comprobar que el trámite respectivo para aprobar y autorizar la ejecución del adicional de obra y su deductivo vinculante se ha desarrollado de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones vigente, por lo que al no haber causal de nulidad alguna con respecto a la aprobación del adicional, consideran que la Primera Pretensión Principal debe ser declarada infundada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Decisión del Tribunal en mayoría.

EL CONSORCIO demandante ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, en cuya parte resolutiva aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 ascendente a la suma de S/8,442.97 (ocho mil cuatrocientos cuarenta y dos con 97/100 soles) sin IGV; y, el Presupuesto Deductivo N° 01 de S/1,932.22 (un mil novecientos treinta y dos con 22/100 soles) sin IGV, bajo el fundamento que mediante comunicación cursada por vía notarial hizo saber a la Entidad que no estaba de acuerdo con lo señalado por la supervisión de considerar solo el metrado de los tramos indicados en el adicional de obra, pues de modificarse el expediente técnico original se tiene que efectuar un nuevo metrado de las partidas que conforman el adicional de obra.

Al respecto, cabe precisar que la controversia suscitada recae principalmente, en los mayores metrados de las partidas y mayores modificaciones que no se consideraron en el adicional y deductivo aprobadas por la Entidad, según lo alegado por el Consorcio y que de acuerdo a lo

'Artículo 41'.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

- 41.1 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
- 41.2 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.
En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- 41.3 Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que se impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

expuesto por la MPM, el adicional y su deductivo se realizó siguiendo el procedimiento, por lo que quiere decir que evidentemente nos encontramos en un caso de adicional de obra.

Teniéndose claro el punto de partida, el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que: "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje". (Lo subrayado y resaltado es agregado), estableciéndose la facultad que tiene la entidad para aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales y de ser necesario, se realizará según el procedimiento indicado en el artículo 207 del Reglamento.

Ahora bien, de los hechos narrados se extrae que el demandante no estuvo de acuerdo con la aprobación del adicional N° 01 y deductivo vinculante N° 01, toda vez que mediante Carta Notarial N° 0017-2016, indicó los metrados totales de las partidas involucradas que deberían considerarse en la modificación del proyecto y que éstas —partidas de mortero y armadura de fierro— no fueron considerados en el expediente técnico.

En esa línea, y de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente en lo referido a las controversias: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)" . Entendiéndose que ante cualquier controversia o desacuerdo en el desarrollo de la ejecución del contrato, cualquiera de las partes podría iniciar el mecanismo de solución de controversias. Por lo que corresponde analizar, si el contenido en el referido artículo 52 de la Ley, podría extenderse a todo ámbito

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado artículo constituirá materia arbitrable, lo que resulta ser una norma bastante amplia. Ahora bien, el artículo 52 contempla también una enumeración de las materias arbitrables: las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato. Por otro lado, debemos señalar que una enumeración siempre sugiere exclusión. Por ello, un tema relevante es el referido a la exclusión —como materia arbitrable— de las prestaciones adicionales.

Sobre el particular, teniendo como precepto principal lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, en el entendido que la materia sobre prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje, corresponde analizar la arbitrabilidad de esta materia en el campo del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.

El artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje: 1. "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o tratados o acuerdos internacionales autoricen.

En tal sentido, de la lectura en conjunto del articulado precedente, se colige que si bien es cierto, ha sido el propio Estado, el que ha decidido qué materias se sujetan de la jurisdicción ordinaria, también es cierto que ha delimitado la manifestación de voluntad para aquellas controversias relacionadas a la prestación de adicional al fuero arbitral.

Siguiendo esa misma línea interpretativa, no correspondería ni sería posible que los árbitros puedan llevar adelante procesos arbitrales en donde se discutan adicionales de obra. La razón estriba en que la arbitrabilidad de las controversias se encuentra limitada por la Ley de Contrataciones del Estado y por ello, la voluntad de las partes tiene como marco a dicha norma y por ende la limitante.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCIL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Para mayor abundamiento, el principio Kompetenz-Kompetenz que faculta a los árbitros para conocer y resolver aspectos relativos a su propia competencia, se encuentra limitado por la propia norma de contrataciones con el Estado, impidiendo a los árbitros ir más allá, tal como ha sido señalado además por el Tribunal Constitucional al establecer que las materias no arbitrables no pueden ser objeto de conocimiento de los árbitros y por tanto, si un tribunal arbitral decidiese conocer estos temas, dicha decisión podría ser cuestionada en el fuero judicial vía anulación de laudo.

En efecto, de lo esgrimido hasta este punto, se infiere que la decisión de aprobar o no los adicionales de obra, es competencia exclusiva de la entidad y que dicha decisión no puede ser cuestionada por ningún mecanismo de solución de controversias recogidos en la normativa en contrataciones públicas, por lo que ésta pretensión deviene en improcedente por no ser materia arbitrable.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.2 (PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 429,489.22.

DÉCIMO TERCERO.- Posición del CONSORCIO LORETO. Del enunciado de la demanda se tiene que la Primera Pretensión Principal Subordinada a la Primera Pretensión Principal, según consta de los fundamentos del mencionado escrito es que en caso se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se apruebe el Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculado N° 01 por el monto de S/. 429,489.22 considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad. (lo resaltado es agregado)

Agrega en su sustento que las razones expuestas para solicitar declarar la NULIDAD de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016 de Aprobación del Adicional N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 que dan certeza a lo expresado en la presente demanda, les permiten invocar que la Entidad Contratante deba cancelarles con carácter imperativo e inexorable la cantidad de S/. 429,489.22 (Cuatrocientos Veintinueve mil cuatrocientos ochenta y nueve y 22/100 Soles) más intereses hasta la fecha de pago, correspondiente al valor del Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 de la Obra "Mejoramiento de la Calle Central (Ca. Manuel Seoane /Ca. Leopoldo López) Distrito de Iquitos – Punchana, Provincia de Maynas – Loreto". considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad.

DÉCIMO CUARTO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. Cabe indicar que el sistema de contratación de la obra fue a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. Tal como lo indica la Ley de Contrataciones del Estado, una Entidad sólo podrá contratar la ejecución de una obra a suma alzada, cuando sea posible determinar su magnitud, calidad y cantidad, debiendo establecer esta información en los planos y especificaciones técnicas comprendidos en el expediente técnico.

De acuerdo a los actuados se determinara si es que las retenciones realizadas por el contratista durante la ejecución de la obra correspondían o no a adicionales de obra. El contratista a través de su residente de obra realizó la anotación en el Cuaderno de Obra N° 047 de fecha 18 de diciembre del 2016, donde indica (...) se pone en conocimiento a la Supervisión de Obra que en el plano de nivelación de buzones código PNB lámina 06-07 del expediente técnico, solo indica el encimado de cuatro (04) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Se evidencia que a través de las anotaciones en el cuaderno de obra, en las cuales se demuestra que el residente se encontró con imprevistos en la ejecución de la obra de los cuales quiso sacar provecho e insinuar que la ejecución de los trabajos son presuntas prestaciones adicionales de obra, los cuales no deber ser considerados como tal por los siguientes motivos:

- En el caso de la presencia de una alcantarilla de pase en la intersección de la calle central y el pasaje central se indica que este es un imprevisto en la ejecución de la obra y la demolición del canal no fue indispensable para el cumplimiento de la finalidad del contrato, además el contratista solo realizó la demolición de la losa techo del canal para poder realizar los trabajos de relleno y compactado con material de préstamo, por tanto la demolición de esta losa techo es considerada como un procedimiento constructivo y que a su vez debe ser asumida por el contratista. Así mismo se indica que como bajo el sistema de contratación a suma alzada donde el contratista está obligado a realizar la totalidad del contrato dentro del monto ofertado; por tanto este imprevisto no es considerado como un adicional de obra.
- Con respecto a los trabajos de excavación con maquinaria para la losa de rodadura en los pasajes central e Iquitos, indicamos que este imprevisto no puede ser considerado como adicional de obra dado que al momento de realizar los trabajos de trazo, o al mismo momento de realizar los trabajos de drenaje pluvial en esta zona, el contratista a través de su residente evidenció la dificultad que tenía para poder ejecutar los trabajos en los mencionados pasajes, debiendo este al momento o en el instante de constatar las dificultades haber tomado acciones al respecto dado que es un proceso constructivo, es decir, debió haber reprogramado sus actividades con respecto a la dificultad presentada para así evitar posteriores perjuicios a su representada. Por tanto este imprevisto no debe ser considerado como adicional de obra dado que las circunstancias ameritan que es un procedimiento constructivo y el contratista debe tomar las medidas respectivas para poder ejecutar la obra dentro del plazo previsto y el monto ofertado.

DÉCIMO QUINTO.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Considerando que esta pretensión se encuentra directamente relacionada a la principal, sobre todo si partimos que el adicional de obra (que ya se ha señalado que todo lo relacionado al mismo), representa materia no arbitrable, en tal sentido, debe declararse improcedente la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.3 (SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del Adicional N° 01 aprobado por la parte demandada.

DÉCIMO SEXTO.- Posición del CONSORCIO LORETO.- Del escrito de demanda arbitral se tiene para este punto controvertido que en caso no se declare NULA la primera pretensión principal, solicitan se reconozca en favor de su representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 422,798.47.

Que, un punto importante de mencionar es que recién en la etapa de ejecución contractual se ha podido determinar que en los metrados de las estructuras del alcantarillado no se habían considerado los metrados de las partidas de mortero y acero estructural, lo que se verificó al momento de solicitar

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

la modificación del proyecto, existiendo un vicio oculto grave que ha afectado a su representada en S/ 422,798.47.

Que, es importante mencionar que la Entidad Contratante -señalan- en forma arbitraria les ordenó la ejecución de las partidas no contempladas en el expediente técnico desfinanciándose completamente al no retribuirles por los trabajos ejecutados, contraviniendo:

- El Artículo 1362 del Código Civil, que señala que en todo contrato nadie puede sacar ventaja entre las partes y menos en forma arbitraria pretender que su representada ejecute trabajos no contemplados en el expediente técnico de la obra, sin tener en cuenta que la interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse en primer término a lo expresado en ellos y si esto no fuera posible sometiéndolos a las reglas de la buena fe y común intención de las partes como principio fundamental de todo contrato.
- La Constitución Política del Estado, donde la Entidad Contratante al pretender que su representada ejecute trabajos no contemplados en el expediente técnico de la obra sin ninguna retribución, vulnera flagrantemente los principios de Justicia, Equidad, Seguridad Jurídica, al Debido Proceso, de Legalidad y el buen orden legalmente pretendido en las sociedades organizadas entre los entes públicos y los particulares, todo dentro del marco del Estado de derecho; toda vez que sus efectos jurídicos son equívocos y contrarios al mandato constitucional que señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin la debida retribución, debiendo prevalecer este precepto constitucional sobre toda norma legal, por tener jerarquía superior en nuestro Estado de Derecho que debe ser respetado en todo el territorio nacional.

DÉCIMO OCTAVO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.- Señala la MPM que un sobrecoste es también conocido como un incremento de costo o sobrepasar el presupuesto, es un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto. El sobrecoste, añaden, debería ser distinguido de la escalación (sic) del costo, que es usado para expresar un crecimiento anticipado en el costo presupuestado debido a factores tales como la inflación.

Consideran que una prestación adicional de obra debe aprobarse de manera previa a su ejecución (aprobación de expediente técnico y certificación presupuestal respectiva), no sería procedente pagar, en calidad de prestación adicional los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original que no hubiesen contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución.

Por tanto, al respecto se indica que como estos acontecimiento no considerados en el expediente técnico y que fueron trabajos que ha realizado el contratista, se debió tener presente que antes de su ejecución y para que proceda su pago respectivo o se realice el reconocimiento del pago, la ejecución de estos trabajos debieron contar con la autorización de la Entidad y esta solicitud de pago debería ser debidamente acreditada.

Pues bien, de acuerdo a lo indicado en la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, remitida a la Entidad con fecha 22 de febrero del 2016, el Contratista indica algunos casos de adicionales de obra los cuales según su análisis, estos trabajos realizan la sumatoria de S/. 422,498.47 y estos supuestos de adicionales de obra son:

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

1. Prestación Adicional N° 01: Reubicación de canaletas de mortero armado. Pasaje 16 de Mayo /Psje. Central y el mayor metrado no sea considerado de la canaleta de mortero armado del expediente técnico. Ante esto se indica que se formuló el adiciona de obra N° 01 por la reubicación de las canaletas de mortero armado en los pasajes mencionados, así mismo se indica que en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no se generan adicional de obra por mayores metrados.
2. Prestación Adicional de Obra N° 02: Encimado de buzones que no están considerados en los planos del Expediente Técnico. Ante esta solicitud se indica que en obras contratadas por mayores metrados, dado que el contratista en su oferta técnica económica se compromete a ejecutar la totalidad de su contrato por un monto ofertado y un plazo determinado.
3. Prestación Adicional de Obra N° 03: Modificación de la trayectoria de la canaleta de mortero ubicada en el Psje. Iquitos entre las Progresivas 0+015.80 – 0+020 y 0+067.90 – 0+072.10 en las cuales existen buzones que interfieren la trayectoria de la canaleta de mortero armado proyectado, ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con lo indicado en el Informe N° 004-2016-WRMC/JS de 17 de febrero del 2016, este indica que con respecto a estos trabajos el contratista ha venido ejecutando estos trabajos en el mes de enero y este en la actualidad se encuentra con un avance físico el 80.00% faltando solo la losa techo del canal mencionado (informe adjunto en anexos 03).
4. Prestación Adicional de Obra N° 04: Movimiento de tierras manual en los Psjes. Iquitos, 16 de Mayo y Central; el cual el expediente técnico no considera ya que en dichos Psjes. Existen cantidades de redes de agua y desagüe superficialmente al terreno natural que se pueden destruir al usar maquinarias como manda el expediente técnico. Ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con las tomas fotográficas adjuntas a la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, se evidencia que esta ha venido ejecutando ya los trabajos de obra, por tanto no procede un adicional de obra (Informe adjunto en anexos 03)

Por tanto como se ha podido evidenciar, la ejecución de estos trabajos no fueron aprobados por la Entidad como una prestación adicional y para que proceda el pago de una prestación adicional de obra, debe aprobarse este de manera previa a su ejecución (aprobación de expediente técnico y certificación presupuestal respectiva), por tanto no es procedente pagar, en calidad de prestación adicional, los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original dado que no se ha contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución.

Así mismo, cabe indicar que cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad para la ejecución de una obra es el de suma alzada, al presentar su propuesta durante el proceso de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra –conforme a los planos y especificaciones técnicas, y demás información prevista en el expediente técnico- por el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

Por tanto este sobre costo que aduce el contratista que le debe reconocer la entidad debe ser asumido del monto de la utilidad del expediente técnico multiplicado por su factor de relación, pues como es de conocimiento y según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-79-VC, la utilidad es el monto que percibe el contratista por ejecutar la obra y se compone de utilidad neta, impuestos sobre utilidad y margen por variaciones de imprevistos; dado que estos trabajos son imprevistos en obra y los imprevistos se encuentran en el margen de utilidad de la obra se indica que el monto de estos trabajos debe ser asumido por el Contratista.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Señala que está debidamente acreditado que lo solicitado por el Consorcio Loreto en su Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, debe ser desestimada por el Tribunal Arbitral debido a que se determinó que no puede proceder el pago de los trabajos adicionales o imprevistos (no contemplado en el expediente técnico) sin previa autorización de la Entidad.

DÉCIMO NOVENO.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Previo a resolver la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal, es tener en claro, que para el criterio de éste Tribunal en mayoría, se sigue bajo el mismo enfoque de prestación adicional de obra, toda vez que el Consorcio ha señalado en la parte décima segunda de su escrito de demanda, (...) que la Entidad contratante en forma arbitraria nos ordenó la ejecución de las partidas no contempladas en el expediente técnico desfinanciándonos completamente al no retribuirnos por los trabajos ejecutados (...). Sic, amparándose en el artículo 1362 del Código Civil

Bajo lo argüido por el Consorcio, aducen dos supuestos, siendo el primero, que fueron obligados arbitrariamente por parte de la Entidad a ejecutar partidas, y lo segundo, que ejecutaron partidas no contempladas en el expediente técnico, para ello hay que tener en consideración la definición que señala el Reglamento de la Ley de Contrataciones en el Anexo Único, que dice:

- Partida: Cada una de las partes o actividades que conforman el presupuesto de una obra.
- Prestación adicional de obra: Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

De lo anterior, y siguiendo el esquema analítico desde la primera pretensión principal, se traduce que estamos frente a una controversia de prestaciones adicionales de obra⁴, en donde el Consorcio evidentemente alude y arguye sobre partidas no contempladas en el expediente técnico y de los cuales fueron arbitrariamente obligados a ejecutar, —fundamento que no tiene asidero legal— acreditándose que fueron ejecutados sin la aprobación previa por parte de la entidad ni certificación presupuestal, vulnerando el procedimiento establecido en el artículo 207 del Reglamento, en consecuencia lo que se pretende a través de la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión es que se apruebe un adicional de obra, bajo la figura de sobre costos indemnizables por defecto o vicios ocultos del expediente técnico, evidenciándose a todas luces, que dichos conceptos no se encuentran amparados en la Ley ni en el Reglamento, así como que la materia en controversia no es arbitrable, ésta Árbitro, tiene la convicción de declarar IMPROCEDENTE esta pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.4 (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 151, así como los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico de S/. 46,132.28, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución de la obra.

VIGÉSIMO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

El CONSORCIO LORETO señala que mediante Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra, del 10 de febrero del 2016, su representada solicitó absolver la siguiente consulta: "Se pone en conocimiento de la supervisión de obra que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha

⁴ Que no es materia arbitrable, según artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

encontrado un canal existente que no estaba previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto; por lo que debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra."

Asimismo, la excavación de los Pasajes Central e Iquitos, para la losa de rodadura se tendrá que ejecutar manualmente, ya que la maquinaria no puede ingresar porque los pasajes son demasiado angostos y también porque existen demasiadas tuberías de agua potable y desagüe que se destruiría; por consiguiente esta nueva partida de excavación manual tiene que ser considerada como un adicional de obra, por lo cual se reitera que la Entidad defina a quien corresponde la elaboración respectiva, el deductivo vinculado sería la excavación con maquinaria de estos pasajes.

Que, mediante Asiento N° 152 del Cuaderno de Obra e Informe N° 006-2016-WRMC/JS la supervisión sin tener facultades para pronunciarse sobre las modificaciones planteadas su representada en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra se pronunció sobre las consultas, indicando que no procede la ejecución de adicionales de obra ni deductivos.

Que, el Proyectista mediante Carta N° 006-2016-JPCL no dio respuesta a la consulta planteada por su representada y solo indicó que la Entidad deberá tomar en cuenta lo recomendado por la Supervisión en su Informe N° 006-2016-WRMS/JS.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por su representada en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra y solo indicó que se debe cumplir con las recomendaciones señaladas en el Informe N° 006-2016-WRMC del Supervisor de Obra; es decir cumplir con recomendaciones que no tienen validez legal; porque el Supervisor no tiene facultad para aprobar y/o desaprobar modificaciones al proyecto que generen adicional y/o deductivos de obra.

Que, el CONSORCIO LORETO se vio obligado a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en su Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra; por lo que invocan se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al expediente técnico planteadas en el referido asiento, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 03 por el monto de S/. 46,132.28 y el Deductivo Vinculante N° 03 por el monto de S/. 12,342.83; que también solicitan su aprobación por parte de la Entidad demandada. Empero, debe tenerse presente que la pretensión al momento de la formulación de los puntos controvertidos sobre los que se iba a centrar todo el debate y la actuación de medios probatorios, definió el enunciado que encabeza este pedido, que es el que finalmente se pasa a analizar.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

La Demandada señala que mediante anotación en el Cuaderno de Obra, en el Asiento N° 151, del Residente de Obra de fecha 10 de febrero del 2016, se señala: "se pone en conocimiento de la Supervisión de Obra que en el Pasaje Central con las intersecciones de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estuvo previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto por el cual debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra."

Continúa la Demandada señalando que a través de las anotaciones en el Cuaderno de Obra, en las cuales se demuestra que el residente se encontró con imprevistos en la ejecución de la obra de los cuales quiso sacar provecho e insinuar que la ejecución de los trabajos son presuntas prestaciones adicionales de obra, los cuales no deben ser considerados como tal por los siguientes motivos:

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNOS

- En el caso de la presencia de una alcantarilla de pase en la intersección de la calle Central y el Pasaje Central se indica que este es un imprevisto en la ejecución de la obra y la demolición del canal no fue indispensable para el cumplimiento de la finalidad del contrato, además el contratista solo realizó la demolición de la losa techo del canal para poder realizar los trabajos de relleno y compactado con material de préstamo, por tanto la demolición de esta losa techo es considerada como un procedimiento constructivo y que a su vez debe ser asumida por el Contratista. Asimismo se indica que como bajo el sistema de contratación a suma alzada donde el contratista está obligado a realizar la totalidad del contrato dentro del monto ofertado. Por tanto este imprevisto no es considerado como un Adicional de Obra.
- Con respecto a los trabajos de excavación con maquinaria para la losa de rodadura en los Pasajes Central e Iquitos, indicamos que este imprevisto no puede ser considerado como Adicional de Obra dado que al momento de realizar los trabajos de trazo, o al mismo momento de realizar los trabajos de drenaje pluvial en esta zona, el Contratista a través de su residente evidenció la dificultad que tenía para poder ejecutar los trabajos en los mencionados pasajes; debiendo este al momento o en el instante de constatar las dificultades haber tomado acciones al respecto dado que es un proceso constructivo, es decir, debió haber reprogramado sus actividades con respecto a la dificultad presentada para así evitar posteriores perjuicios a su representada. Por tanto este imprevisto no debe ser considerado como un adicional de obra dado que las circunstancias ameritan que es un procedimiento constructivo y el contratista debe tomar las medidas respectivas para poder ejecutar la obra dentro del plazo previsto y el monto ofertado.

Agregan que en cumplimiento de la Ley de Contrataciones se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además se indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este haya sido ejecutado por el contratista; además, con respecto a la solicitud de adicional de obra indicado en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con las tomas fotográficas adjuntas a la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, se evidencia que este ha venido ejecutando ya los trabajos de obra, por tanto no procede una adicional de obra. (Informe adjunto en Anexo 03).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Decisión del Tribunal en mayoría.

En la apreciación de éste Tribunal en mayoría, en cuanto a la segunda pretensión principal, versa sobre si corresponde ordenar o no que la Entidad contratante proceda a la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento 151, así como los sobre costos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico.

Por lo que, a criterio de este Tribunal en mayoría, nos encontramos bajo el mismo escenario de las pretensiones analizadas precedentemente, las cuales apuntan a la aprobación de prestaciones adicionales de obra, ante modificaciones requeridas por el Consorcio y que en su oportunidad no fueron acogidas por la entidad, ni mucho menos aprobadas por la misma; en tal sentido se plantea — como fundamento disfrazado — los sobre costos indemnizables al haberse ejecutado las partidas que no se encuentran en el expediente técnico; y lo que busca el demandante es la aprobación del adicional para su posterior pago, por lo que esta pretensión debe declararse IMPROCEDENTE teniéndose claramente que dicha materia NO es arbitrable, como ya fuera detallado en párrafos anteriores.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCIL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.5 (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53.

VIGÉSIMO TERCERO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, mediante Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, del 23 de enero del 2016, su representada solicitó absolver la siguiente consulta: "se consulta a la supervisión de obra como solucionar el problema que se ha presentado en el Psje. Iquitos, puesto que en la excavación de la canaleta pluvial se ha encontrado dos buzones que están ubicados en la caja de la canaleta, obstaculizando la trayectoria de la canaleta pluvial, se solicita derivar esta consulta al proyectista para su opinión (...)".

Que, mediante Asiento N° 118 del Cuaderno de Obra e Informe N° 004-2016-WRMC/J.S la supervisión sin tener facultades para pronunciarse sobre las modificaciones planteadas por su representada en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, se pronunció sobre las consultas, indicando que no procede la ejecución de adicionales de obra ni deductivos.

Que, mediante Carta N° 0018-2016, notificada el 17 de febrero del 2016, se comunicó a la Entidad que, con respecto a las anotaciones en los Asientos N° 117 de fecha 23.01.2016 y Asiento N° 118 de fecha 23.01.2016 del residente y del supervisor respectivamente, se pone en conocimiento de la supervisión que el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los 2 buzones que obstaculizan el flujo en el Psje. Iquitos, es una modificación al proyecto original, por lo tanto se solicita que el proyectista nos entregue los planos modificados y que la Entidad Contratante defina quien será el responsable de la elaboración del Expediente Técnico del Adicional de Obra N° 02 y Deductivo Vinculante N° 02.

Que, el proyectista mediante Carta N° 004-2016-JPCL no dio respuesta a la consulta planteada por su representada y solo indicó que la Entidad deberá tomar en cuenta lo recomendado por la Supervisión en su Informe N° 004-2016-WRMS/J.S.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por su representada en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra y solo indicó que se debe cumplir con las recomendaciones señaladas en el Informe N° 004-2016-WRMC del Supervisor de Obra; es decir cumplir con recomendaciones que no tienen validez legal; porque el supervisor no tiene facultad para aprobar y/o desaprobar modificaciones al proyecto que generen adicionales y/o deductivos de obra.

Que, su empresa se vio obligada a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en su Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra; por lo que invocan se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al expediente técnico planteadas en el referido asiento, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53 y Deductivo Vinculante N° 02 por el monto de S/. 3,556.28; que también solicitan su aprobación por parte de la demandada.

VIGÉSIMO CUARTO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Mediante anotación realizada en el cuaderno de obra en el Asiento N° 117, anotación que fue realizada por el residente de obra de fecha 23 de enero del 2016 este indica: se consulta a la supervisión de obra como solucionar el problema que se ha presentado en el Psje. Iquitos, puesto que en la excavación de la canaleta fluvial se han encontrado dos buzones que están ubicados en la caja de la caja de la canaleta obstaculizando la trayectoria de la canaleta pluvial; en el siguiente asiendo del cuaderno de obra (Asiento N° 118) el supervisor de la obra indica que con respecto a la

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

consulta formulada por la contratista, se ha evidenciado que efectivamente existen 2 buzones obstruyendo la canaleta pluvial en el Psje. Iquitos, por lo que opina deberá pasar dicha canaleta en ángulo de 45 al buzón, bajando por debajo del buzón siendo esta canaleta parte del pavimento.

Señalan que la absolución no es considerada como adicional de obra ya que es un imprevisto en la ejecución de la misma y debe ser asumida por el contratista debido al sistema de contratación por el cual fue contratada la ejecución de la obra, dado que está obligado a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica.

Tras la absolución de la consulta formulada en el Asiento N° 117, el Residente de la Obra en el Asiento N° 139 de fecha 04 de febrero del 2016 indica... se pone de conocimiento de la supervisión que el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los dos buzones que obstruyen el flujo en el Psje. Iquitos, es una modificación al proyecto, por lo tanto se solicita que el proyectista nos entregue los planos modificados y que la Entidad contratante defina quien será el responsable de la elaboración del expediente técnico adicional N° 02 (...)

La solución que plantea el Supervisor de la Obra es una modificación al proyecto (con respecto al cambio del trazo de la canaleta de evacuación de aguas pluviales), esta modificación no puede ser considerada como un adicional de obra, debido a que la modificación en el trazo de la canaleta no es una modificación trascendental que pueda afectar económicamente la ejecución de la obra, además dicha modificación solo generaría un mayor metrado y en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no proceden los adicionales de obra por mayores metrados, en cuanto a la modificación de los planos, el contratista debió haber realizado la modificación respectiva posterior a realizar el replanteo de la obra en su totalidad.

No es facultad del supervisor de obra realizar modificaciones al proyecto original y que toda modificación al proyecto debe ser autorizado por la Entidad, el Supervisor remitió la consulta al proyectista según lo indica la anotación N° 140 del supervisor de obra, anotación que fue realizada con fecha 04 de febrero del 2016 donde el supervisor indica... dado que se refiere a una modificatoria del expediente técnico original, modificándose el contrato original, por lo que la entidad deberá notificar y/o autorizar la elaboración.

Por tanto, este imprevisto suscitado en obra es considerado como un imprevisto en la ejecución de la obra y la absolución de la consulta ocasiona una modificación al proyecto pero no de su carácter sustancial y esta a su vez genera un mayor metrado con respecto a su ejecución, así mismo esta modificación no afectará económicamente la ejecución de la obra, además cabe recalcar que en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no proceden los adicionales de obra por mayores metrados, en cuanto a la modificación de los planos, el contratista debió haber realizado la modificación respectiva posterior a realizar el replanteo de la obra en su totalidad. En consecuencia esta modificación al proyecto no debe ser considerada como adicional de obra dado que el contratista debe asumir la ejecución de estos trabajos dado que él se obligó al momento de presentar su propuesta, a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica.

Ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con lo indicado en el Informe N° 004-2016-WRMC/JS, de fecha 17 de febrero del 2016, este indica que con respecto a estos trabajos

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

el contratista ha venido ejecutando estos trabajos en el mes de enero y este en la actualidad se encuentra con un avance físico del 80.00% faltando solo la losa techo del canal mencionado (informe adjunto en anexos 03).

VIGÉSIMO QUINTO.- Decisión del Tribunal en mayoría

Como ya se ha venido manifestando a lo largo de este grupo de pretensiones, éstas se refieren indubitablemente a prestaciones adicionales de obra, en donde el Consorcio Loreto, pretende sea analizado en este proceso arbitral y de ser el caso, se ampare y apruebe adicionales de obra que indebidamente fueron ejecutados ante la existencia de un procedimiento regulado para ello, por lo que debe declararse IMPROCEDENTE esta pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.6

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.

VIGÉSIMO SEXTO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que mediante Asiento N° 047 del 18 de diciembre del 2016, su representada solicito a la supervisión absolver la siguiente Consulta: "Se pone en conocimiento de la supervisión de obra, que en el plano de nivelación de buzones, Código PNB, lámina 06-07 del Expediente técnico, solo indica el encimado de cinco (05) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales, que no están considerados su encimado o colocado a nivel de pavimento proyectado y este incluye techo de buzón y tapas respectivas. Se aclara que en el plano de nivelación de buzones Código PNB 06-07, la ubicación de los buzones varia en el terreno Insitu, se solicita corregir la ubicación real de los buzones y entregarnos un plano correcto; por tanto, se presentara el Adicional de Obra y Deductivo Vinculado, conjuntamente con las partidas adicionales originadas por la modificación de la ubicación de las canaletas en el Pasaje Central, Tramo 5^a y 5B, Pasaje 6 de Mayo, Tramo 7^a y 7B, Pasaje Seoane y Pasaje Iquitos. Asimismo mediante Asiento N° 047 de cuaderno de Obra."

Que, mediante Carta N° 0014-2016 modificado el 28 de enero de 2016 se comunicó a la Entidad que, nuestra representada requiere la opinión del proyectista a las consultas hechas en el cuaderno de Obra de los Asientos N° 047 de fecha 19/12/2015 y N° 113 de fecha 22/01/2016. Asimismo, que los Asientos realizados por el resistente de Obra, son los hechos evidentes que el supervisor de obra declara improcedente sin estar en sus atribuciones o facultades de decidir su procedencia, puesto que estas consultas tienen que ser derivadas al proyectista de la Obra.

Que, el Jefe de Estudios de la Entidad Contratante con un desconocimiento total del Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado mediante informe N° 058-2016-OEGOI-MPM se pronuncia indicando que, teniendo en cuenta que la Obra se encuentra en ejecución no amerita que la consulta sea absuelta por el Consultor, por lo que corresponde al Supervisor absolver dicha consulta.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por nuestra representada en el Asiento N° 047 del cuaderno de Obra y solo procedió a trasladar la respuesta de la consulta hecha por el Jefe de Estudios, evidenciando también un desconocimiento total del Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado.

Que, nuestra empresa se vio obligada a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en nuestro Asiento N°047 del cuaderno de Obra, por lo que invocamos que se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente

**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Técnico planteadas al referido Asiento, los que generaran la aprobación Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,454.00; que también solicitamos su aprobación por parte de la Entidad Contratante.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

El contratista a través de su residente de obra realizo la notación en el cuaderno de obra N° 047 de fecha 18 de Diciembre del 2016, donde indica... se pone en conocimiento a la supervisión de la Obra que en plano de nivelación de buzones Código PNB lamina 06-07 del Expediente Técnico, solo indica el encimado de cuatro (04) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales.

Ante esta consulta formulada en el cuaderno de Obra, el Supervisor realizo la absolución de la misma en el Asiento N° 048 de fecha 17 de Diciembre del 2017 indicando... con lo que respecta al nivelado y encimado de los buzones, este deberá asumir íntegramente la contratista, dado que lo suscitado se trata de un proceso constructivo.

El residente mediante Asiento N°113 del Residente de Obra de fecha 22 de Enero del 2016, este indica... respecto al encimado de buzones, construcción de techo de buzones y tapas de buzones, que no están considerados en los planos del Expediente Técnico, ni en el presupuesto Contractual. Se solicita a la Entidad contratante definir quién será el responsable de la elaboración del Expediente Técnico del adicional de obra que se ha generado para incluir en el adicional de Obra N° 01.

De acuerdo a lo mencionado por el Contratista a través de su residente de Obra, donde da a entender que la nivelación de los buzones es adicional de Obra, se indica que el presupuesto existe la Partida 13.01 Nivelación de buzones (inc. Demolición de Tapas), donde se indica un Metrado de 5 unidades a demoler. Al momento de realizar el replanteo de la Obra, es contratista se percató de que no son cinco (5) sino de que son veintitrés los buzones encimar (23); ante esto se indica que en las Obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podía aprobarse y pagarse la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato y estos trabajadores son considerados como Mayores Metrados y no requiere modificación a los planos dado que existe plano PP 06 del expediente Técnico denomina planta de pavimento y ahí se verifica que los buzones deben terminar a la altura del pavimento.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Este Tribunal en mayoría luego de revisar con detalle los documentos que las partes han presentado de manera libre y voluntaria, mantiene la convicción firme que todas las pretensiones planteadas hasta esta parte se relacionan y se encuentran enfocadas hacia la aprobación de prestaciones adicionales, al reconocimiento de partidas ejecutadas que no estaban en el expediente técnico, así como las modificaciones solicitadas por el Consorcio en los diversos asientos de obra, con la finalidad de que se apruebe los adicionales de obra, por lo que congruentemente esta pretensión debe ser declarada IMPROCEDENTE, así como las precedentes, toda vez que no es materia arbitrable.

A manera de cierre de esta primera parte, es primordial tener en cuenta que según lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que: "El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables".

Asimismo, es importante señalar lo concerniente a la materia en análisis referido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, a través de la Dirección Técnico Normativo según Opinión N° 116-2016/DTN, que indica lo siguiente:

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

(...) debe indicarse que si una Entidad obtuvo una prestación por parte de un proveedor, este tendría derecho a exigir que la Entidad le reconozca el pago respectivo —aun cuando la prestación haya sido requerida o ejecutada sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado—, pues el Código Civil⁵, en su artículo 1954, establece que “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, ha establecido lo siguiente:

“(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido —aún sin contrato válido— un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente.”

De esta manera, la acción por enriquecimiento sin causa reconocida por el Código Civil constituye un “mecanismo de tutela para aquel que se ha visto perjudicado por el desplazamiento de todo o parte de su patrimonio en beneficio de otro. El primero, será el actor o sujeto tutelado y, el segundo, el demandado o sujeto responsable (...).”⁶

Ahora bien, para que se configure un enriquecimiento sin causa y, por ende, pueda ejercitarse la respectiva acción, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: “a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento.”⁷

En este punto, es importante precisar que un requisito adicional para que se configure un enriquecimiento sin causa en el marco de las contrataciones del Estado es que este no sea el resultado de actos de mala fe del empobrecido; es

⁵ De aplicación supletoria en la ejecución de los contratos que se ejecutan bajo las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento.

⁶ PAREDES CARRANZA, Milagros. La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa, JUS Doctrina & Práctica 7/2008, Lima: Editora Jurídica Grijley, Pág. 485.

⁷ Idem, Pág. 485.

⁸ Sobre el particular, BANDEIRA DE MELLO, citando a BAYLE señala que “(...) no se puede admitir que la Administración se enriquezca a costa ajena y, según parece, el enriquecimiento sin causa —que es un principio general del derecho— que en tales casos se apoya en el derecho del particular de ser indemnizado por la actividad que provechosamente dispensó en pro de la Administración, aunque la relación jurídica se haya obstaculizado o aún contra la falta de cualquier formalidad, siempre que el poder público haya consentido con ella, incluso de forma explícita o tácita, comprendiéndose el mero hecho de haberla incorporado bienamente a su provecho, salvo si la relación surgiera de actos de incuestionable mala fe, reconocible en el comportamiento de las partes o simplemente del empobrecido.” (El resaltado es agregado). BANDEIRA DE

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

decir, el proveedor debe haber ejecutado las prestaciones de buena fe, lo que implica necesariamente que hayan sido válidamente requeridas o aceptadas por el funcionario o funcionarios competentes de la Entidad. Cabe precisar que similar criterio es adoptado también por el Código Civil para determinados supuestos en los que no se otorga derecho a pago alguno a los terceros que, de mala fe, realizan construcciones en terreno ajeno.

De esta manera; para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.

Por tanto, el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente¹⁰ a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización.

En esta situación corresponde a la autoridad que conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado o enriquecido a expensas del proveedor con las prestaciones ejecutadas, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que prohíben el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción.

A continuación los puntos controvertidos se agrupan en las pretensiones referidas a la ampliaciones de plazo; y a criterio de éste Tribunal en mayoría, se resolverán de manera conjunta por estar relacionadas directamente.

MELLO, Celso Antonio, "El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo", en: La Contratación Pública, T. 2, Dirección: Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2006. Pág. 886 y ss. Similar criterio puede apreciarse en MORÓN URBINA, Juan Carlos, "¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El Enriquecimiento sin causa de la administración pública con motivo de la contratación estatal". En: Derecho Administrativo en el siglo XXI. Primera Edición, vol. 1, Adrus D&L Editores, 2013, pp. 77 y ss.

⁹ El artículo 943 del Código Civil señala que "Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suya lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor". (El resaltado es agregado).

¹⁰ Sobre el particular, debe señalarse que de no existir contrato y, en esa medida, tampoco cláusula arbitral, no sería posible que las controversias derivadas de la ejecución de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual puedan someterse a arbitraje (salvo que con posterioridad se suscribiera un convenio arbitral), por lo que, en principio la vía para resolver dichas controversias sería la vía civil.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.7

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara improcedente la solicitud de la Contratista de la Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.8

Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.

VIGÉSIMA NOVENA.- Posición del CONSORCIO LORETO

En autos corre la Carta N° 025-2016, notificada el 07 de marzo del 2016, por la cual el CONSORCIO LORETO solicitó una ampliación de plazo N° 01 por veintiún (21) días calendario. La justificación del pedido está dada en razón de Atraso y/o Paralización por causa no atribuible al Consorcio, respecto a la emisión del Adicional de Obra N° 01 que originó la afectación de la ruta crítica en veintiún (21) días calendario en la ejecución de la Partida Constructiva CANALETA DE MORTERO ARMADO.

Al respecto, según el artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado «De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente: 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado. 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.»

Que, al declararse nula la Resolución N° 029-2016-GOI-MPM, solicitan al Tribunal Arbitral declare fundada su solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.

TRIGÉSIMA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

El Tribunal Arbitral advierte que a este punto la MPM no ha absuelto la pretensión, ni en sus fundamentos de hecho ni en lo que respecta a sus alegatos escritos, razón por la cual se ha de resolver con lo que se tiene actuado, dejándose establecido que el presente punto controvertido se ha de resolver en conjunto con todo el caudal probatorio obrante en autos.

Con relación a este pedido considera la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS que al estar sustentada la Resolución N° 029-2016-GOI-MPM en lo previsto por el Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no existe razón para amparar esta pretensión.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

En cuanto a la solicitud de nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, se puede decir, que resulta innegable que las personas naturales y jurídicas manifiestan su voluntad mediante actos jurídicos, mientras que las Entidades públicas lo hacen vía actos administrativos, ambos con diversos requisitos de validez.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Así pues, la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, señala en su artículo 3 que son cinco los requisitos de validez de todo acto administrativo: Competencia, Objeto o Contenido, Finalidad Pública, Motivación y Procedimiento Regular. La ausencia de cualquiera de estos requisitos genera nulidad de dicho acto.

En el presente caso, la controversia gira según lo argumentado por el demandante, en la afectación de la ruta crítica, sin embargo no hace referencia ni arguye, la existencia de falta de motivación ni fundamentación, que atañen o desvirtúen el contenido de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM que no se haya tomado en cuenta para expedirla.

La motivación es parte de los elementos que configuran la validez del acto administrativo, asimismo, debe aunarse con los demás requisitos según el artículo 3 de la referida Ley N° 27444, y de acreditarse cualquiera de ellas, correspondería declarar su nulidad.

Que el Consorcio, al plantear la nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, no ha cuestionado ninguno de los requisitos que reviste la validez del acto administrativo, por lo que dicha pretensión debe declararse INFUNDADA.

Ahora bien, continuando con el análisis, es importante tener presente lo estipulado en el artículo 200 del Reglamento, así como el artículo 201¹¹ del citado Reglamento, en donde establecen requisitos y procedimiento para la presentación de una solicitud de ampliación de plazo.

El Consorcio, arguye como causal para la ampliación de plazo atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, por el tiempo transcurrido en el trámite de la aprobación de la

¹¹ Artículo 201 Procedimiento de ampliación de plazo. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

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

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

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

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

prestación adicional, para ello adjunta varios asientos del cuaderno de obra, sin embargo, existe diferencia entre el contenido de los asientos del residente con los asientos del supervisor, indicándose en este último que se viene trabajando diversas partidas sin la clara afectación de la ruta crítica, por lo que si bien es cierto la ampliación se presentó dentro del plazo vigente de ejecución, este no cumple con acreditar la afectación de la ruta crítica, por lo que debe declararse infundada esta pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.9 (Relacionada con la Séptima Pretensión Principal)

Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Artículo N° 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

De los fundamentos que expone el CONSORCIO LORETO se tiene que en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al pago de los Mayores Gastos Generales se señala:

Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual.-

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

Artículo 203º.- Cálculo del Gasto General Diario.-

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación de plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

Seguidamente invocan al Tribunal Arbitral determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 (VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES CON 09/100 SOLES) más intereses hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los mayores gastos generales de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.

TRIGÉSIMA TERCERA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

En cuanto a lo solicitado por el CONSORCIO LORETO consideran que debe desestimarse el pedido de manera muy concreta, tomando en cuenta que se determinó que no puede proceder el pago de los trabajos adicionales o imprevistos (no contemplados en el expediente técnico) sin previa autorización de la Entidad; así mismo se indica que este sobrecosto que aduce el contratista que debe reconocérsele debe ser asumido de la utilidad del expediente técnico multiplicado por su factor de relación, a tenor de lo que prevé el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-79-VL. En suma piden al Tribunal Arbitral que se desestime el pedido.

TRIGÉSIMA CUARTA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Considerándose que las pretensiones contenidas en el punto VII.3.7 y VII.3.8 han sido declaradas infundadas, en tal sentido, no resulta procedente pago alguno respecto de mayores gastos generales, por ende se declara infundada la presente pretensión.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.10

Primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/24,463.09, correspondiente a los mayores gastos generales.

TRIGÉSIMA QUINTA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, al haber la Entidad Contratante declarado IMPROCEDENTE nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 21 días calendarios sin fundamento alguno, se redujo el plazo de ejecución de la obra; por lo que nuestra representada tuvo que incrementar los recursos para poder culminar la obra dentro del plazo contractual, lo que ocasionaron sobrecostos equivalentes a los mayores gastos generales que nos correspondía por los veintiuno (21) días calendarios que la entidad no aprobó y que nos correspondía de acuerdo a Ley; ya que de lo contrario la Entidad Contratante manifestó que aplicaría la penalidad por mora y la posible resolución del contrato al llegar a la máxima penalidad. Al respecto, nuestra representada presentó una medida cautelar de no innovar para la ejecución de nuestras cartas fianzas en caso se produjera la resolución de nuestro contrato; pero debido a la demora en la instalación del tribunal arbitral nos vimos obligados a concluir la obra dentro del plazo contractual incurriendo en sobrecostos al incrementar recursos a la obra.

Que, invocamos al Tribunal Arbitral DETERMINE que la Entidad Contratante nos cancele el monto de S/. 24,463.09 (Veinticuatro Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 09/100 SOLES) más interés hasta la fecha de pago; por concepto de pago de los sobrecostos indemnizables iguales a los mayores gastos generales que correspondía aprobar por los veintiún (21) días calendarios que la Entidad Contratante sin fundamento declaró improcedente nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01.

TRIGÉSIMA SEXTA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

A través del Informe N° 095-2016-SGO-GOI-MPM, del 16 de marzo del 2016, la Subgerencia de Obras de la entidad demanda informa y remite sobre la ampliación de plazo N° 01 de la Obra: "Mejoramiento de la Calle Central (Ca. Manuel Seoane / Ca. Leopoldo López) Distrito de Iquitos – Puchana – Provincia de Maynas – Loreto, determinándose la improcedencia de la ampliación de plazo N° 01 de ejecución de obra.

Se agrega que conforme prevé el tercer párrafo del Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: «Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo»

TRIGÉSIMA SÉTIMA.- Decisión del Tribunal en mayoría

Sobre la presente pretensión, debe tenerse en cuenta que el Contrato se realizó bajo la modalidad de SUMA ALZADA, con un plazo de ejecución de ciento (120) días calendario, en ese sentido, el contratista se obligó a ejecutar la obra dentro de un plazo y monto estipulado en el contrato, el cual únicamente podría variar —plazo— es por la aprobación de una ampliación de plazo, por lo que considerándose hasta este punto, que la ampliación de plazo N° 01, no fue otorgada no correspondería estimar esta pretensión. Más aún, si lo pretendido no se encuentra amparado en ninguna normativa referida a contrataciones del estado

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.11

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de Resolución Gerencia N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba veintiocho (28) días calendario de ampliación de plazo.

TRIGÉSIMA OCTAVA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, mediante carta N° 029-2016-AMVP notificada el 28 de marzo de 2016 nuestro consorcio solicitó la ampliación de plazo N° 03 por cincuenta (50) días calendarios, en la ejecución de la obra: "Mejoramiento de la calle central (Ca. Manuel Seoane / Ca. Leopoldo López)", Distrito de Iquitos – Puchana-Provincia de Maynas- Loreto"; amparando nuestra solicitud por la demora en el pago del adelanto de materiales por parte de la entidad, causas no atribuibles al contratista.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Que, mediante asiento N° 225 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de marzo del 2016, hace de conocimiento al supervisor de Obra, la solicitud de ampliación de plazo N° 03 y la solicita con Carta N° 029-2016-AMVP al Supervisor de fecha 28 de marzo en vista que se afectó la ruta crítica, correspondiente al numeral (1) del Art. 20º del RLCE: Atrasos y/o Paralizaciones por causas no atribuibles al contratista demora en el pago del adelanto de materiales; cuantificando que el evento que se suscitó, mientras estuvo desarrollando las partidas de la RUTA CRÍTICA (programación de Obra).

Que, mediante Carta N° 066-2016-GOI-MPM la Municipalidad Provincial de Maynas, con fecha 11 de abril de 2016 notificó la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM; donde comunicó la APROBACIÓN de la Ampliación de plazo N° 03 por veintiocho (28) días calendarios de los cincuenta (50) días calendarios solicitados.

Que, como se puede observar en lo ítems señalados anteriormente existe **CONTROVERSIAS** sobre la Ampliación de plazo N° 03 de la obra por haberse aprobado solo veintiocho (28) días calendarios de ampliación de plazo de los cincuenta (50) días solicitados; porque nos vimos obligados a acumular esta nueva controversia a nuestra solicitud de arbitraje hecha mediante Carta N° 026-2016.

Que, por razones expuestas en los ítems anteriores que dan certeza a lo expuesto en la presente demanda, invocamos se DECLARE NULA la Resolución N° 034-2016-GOI-MPM donde la Entidad aprueba solo veintiocho (28) días de ampliación de plazo de los cincuenta (50) días que nos correspondía; ya que la falta de pago del adelanto de materiales afectó en cincuenta (50) días la ruta crítica del calendario de ejecución de la obra vigente.

TRIGÉSIMA NOVENA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

La Entidad a este punto no menciona fundamento alguno, si se tiene en cuenta que la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios se llevó a cabo el 27 de octubre del 2016, en la cual se tuvieron a bien fijar los puntos controvertidos a dilucidar en el proceso arbitral con todos los medios probatorios que se aporten al proceso.

La Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM aprueba una ampliación de plazo de veintiocho (28) días calendario, cuando el CONSORCIO consideró que debieron ser cincuenta (50) días los que necesitaba para cumplir con el cronograma y el calendario de ejecución de obra; sin embargo, de una revisión exhaustiva al mencionado acto administrativo el Tribunal Arbitral deberá comprobar que no existe causal alguna que la invalide.

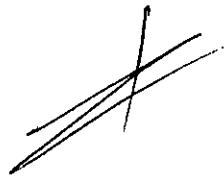
CUADRAGÉSIMA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

En cuanto a la solicitud de nulidad de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, se puede decir, que resulta innegable que las personas naturales y jurídicas manifiestan su voluntad mediante actos jurídicos, mientras que las Entidades públicas lo hacen vía actos administrativos, ambos con diversos requisitos de validez.

Así pues, la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, señala en su artículo 3 que son cinco los requisitos de validez de todo acto administrativo: Competencia, Objeto o Contenido, Finalidad Pública, Motivación y Procedimiento Regular. La ausencia de cualquiera de estos requisitos genera nulidad de dicho acto.

En el presente caso, la controversia gira según lo argumentado por el demandante, en la afectación de la ruta crítica, sin embargo no hace referencia ni arguye, la existencia de falta de motivación ni fundamentación, que atañen o desvirtúen el contenido de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM que no se haya tomado en cuenta para expedirla.

 La motivación es parte de los elementos que configuran la validez del acto administrativo, asimismo, debe aunarse con los demás requisitos según el artículo 3 de la referida Ley N° 27444, y de acreditarse cualquiera de ellas, correspondería declarar su nulidad.



**CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO**

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Que el Consorcio, al plantear la nulidad de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, no ha cuestionado ninguno de los requisitos que reviste la validez del acto administrativo, por lo que dicha pretensión debe declararse INFUNDADA.

Ahora bien, continuando con el análisis, es importante tener presente lo estipulado en el artículo 200 del Reglamento, así como el artículo 201¹² del citado Reglamento, en donde establecen requisitos y procedimiento para la presentación de una solicitud de ampliación de plazo.

El Consorcio, arguye como causal para la ampliación de plazo a atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, por el tiempo transcurrido en el trámite de la aprobación de la prestación adicional, para ello adjunta varios asientos del cuaderno de obra, sin embargo, existe diferencia entre el contenido de los asientos del residente con los asientos del supervisor, indicándose en este último que se viene trabajando diversas partidas sin la clara afectación de la ruta crítica, por lo que si bien es cierto la ampliación se presentó dentro del plazo vigente de ejecución, este no cumple con acreditar la afectación de la ruta crítica, por lo que debe declararse infundada esta pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.12

Determinar si corresponde o no a declarar Fundada la solicitud de Ampliación de plazo N° 03 por 50 días calendarios, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecido en el Artículo 20 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendarios de ampliación de plazo solicitados.

¹² Artículo 201 Procedimiento de ampliación de plazo. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

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

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

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

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, al de declararse NULA la Resolución N° 034-2016-GOI-MPM, solicitamos al Tribunal Arbitral DECLARESE FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida 05.01 Solado 1:00 C:A e=4" (Pavimento Rígido).

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

La Entidad demandada en este extremo reitera los fundamentos que valieron para la emisión de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, por lo que considera que este punto controvertido debe igualmente ser desestimado.

CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Sobre la presente pretensión, debe tenerse en cuenta que el Contrato se realizó bajo la modalidad de SUMA ALZADA, con un plazo de ejecución de ciento (120) días calendario, en ese sentido, el contratista se obligó a ejecutar la obra dentro de un plazo y monto estipulado en el contrato, el cual únicamente podría variar —plazo— es por la aprobación de una ampliación de plazo, por lo que considerándose hasta este punto, que la ampliación de plazo N° 01, no fue otorgada correspondería declarar en improcedente esta pretensión. Más aún, si lo pretendido no se encuentra amparado en ninguna normativa referida a contrataciones del estado

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.13

Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más interés hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el artículo N° 202 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, en el Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al pago de los Mayores Gastos Generales se señala:

Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual.

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

Artículo 203.- Calculo del Gasto General.

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general a diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de revelación y por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) Aprobado por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática- INEI correspondiente al mes calendario en la que ocurre la causal de ampliación de plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondientes al mes de valor referencial.

CUADRAGÉSIMA QUINTA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Para este punto controvertido la emplazada reitera su posición sobre el procedimiento que ha seguido para el otorgamiento de ampliación de plazo en 28 días calendario al CONSORCIO LORETO.

CUADRAGÉSIMA SEXTA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Considerando la entidad mediante Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM otorgó un plazo de veintiocho (28) días de ampliación de plazo y según el artículo 202 del Reglamento, (...) dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados; correspondería declarar fundada en parte, toda vez que se debe acreditar los mismos.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.14

Primera pretensión subordinada a la décima tercera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 58,593.74, correspondiente a los mayores gastos generales.

CUADRAGÉSIMA SÉTIMA.- Posición de CONSORCIO LORETO

Que, al haber aprobado la Entidad Contratante solo 28 días calendarios de Ampliación de plazo de los 50 días calendarios que nos correspondía en la ampliación de plazo N° 03, se redujo el plazo de ejecución de la obra; por lo que nuestra representada tuvo que incrementar los recursos para poder culminar la obra dentro del plazo contractual, lo que ocasionaron sobrecostos equivalentes a los mayores gastos generales que nos correspondía por los Veintidós (22) días calendarios que la Entidad no aprobó y que nos correspondía de acuerdo a Ley, ya que de lo contrario la Entidad Contratante manifestó que aplicaría la penalidad por mora y la posible resolución del contrato al llegar a la máxima penalidad. Al respecto, nuestra representada presento una medida cautelar de no innovar para evitar la ejecución de nuestras cartas fianzas en caso se produjera la resolución de nuestro contrato; pero debido a la demora en la instalación del tribunal arbitral nos vimos obligados a concluir la obra dentro del plazo contractual incurriendo en sobrecostos al incrementar recursos a la obra.

Que, invocamos al Tribunal Arbitral DETERMINE que la Entidad Contratantes nos cancele el monto de S/. 58,593.74 (CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES Y 74/100 SOLES) más intereses hasta la fecha de pago, por concepto de pago de los sobrecostos indemnizables iguales a los mayores gastos generales que correspondía aprobar por los Veintidós (22) días calendarios que la Entidad Contratante sin fundamento dejó de aprobar en nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 03.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

En línea con el razonamiento anterior, la Entidad emplazada es de la posición que el pedido esbozado por CONSORCIO LORETO no puede prosperar. Por lo que debe desestimarse su pretensión.

CUADRAGÉSIMA NOVENA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Como ha quedado analizado en los considerandos que preceden, teniendo ya el criterio formado el Tribunal Arbitral es del parecer que la pretensión materia de análisis debe desestimarse en tanto subsiste incólume la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, en todos sus extremos. Ello lleva a establecer de manera inconclusa que la pretensión tal como está planteada debe obtener un resultado de desestimación, declarándola infundada.

Sobre la presente pretensión, debe tenerse en cuenta que el Contrato se realizó bajo la modalidad de SUMA ALZADA, con un plazo de ejecución de ciento (120) días calendario, en ese sentido, el contratista se obligó a ejecutar la obra dentro de un plazo y monto estipulado en el contrato, el cual únicamente podría variar —plazo— es por la aprobación de una ampliación de plazo, por lo que considerándose hasta este punto, que la ampliación de plazo N° 03, fue otorgada parcialmente lo cual otorga el pago de mayores gastos generales. Esta pretensión deviene en improcedente. Más aún, si lo pretendido no se encuentra amparado en ninguna normativa referida a contrataciones del estado

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.15

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

QUINCUAGÉSIMA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

EL CONSORCIO LORETO sostiene que los costos y costas del proceso arbitral deben ser asumidos completamente por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS en atención no solo a que las pretensiones demandadas devienen en FUNDADAS según su criterio, sino al hecho de haberse subrogado en el pago de la parte correspondiente a la Entidad demandada. Por lo que los costos y costas arbitrales deben ser cargados a la Entidad Contratante.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Tanto en el escrito de absolución de la demanda como en el presentado en calidad de alegatos finales escritos la Entidad edil no expresa fundamento alguno sobre este punto controvertido, pese a que al fijarse en audiencia se hizo presente el representante procesal de tal entidad.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA.- Decisión del Tribunal en mayoría.

Del Acta de Instalación del presente Tribunal Arbitral, se tiene en su numeral 7 que el Honorario Neto que corresponde al Tribunal asciende a la suma neta de S/42,000.00 (Cuarenta y dos mil y 00/100 soles), siendo que cada parte deberá pagar la suma de S/21,000.00 (Veintiún mil y 00/100 soles), por concepto de Honorarios Arbitrales de acuerdo a la liquidación efectuada en base a la Tabla de Aranceles del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto, monto que deberá ser depositado directamente al Centro por las partes.

Asimismo, se pactó que los gastos administrativos correspondientes al Centro alcanzan la suma de S/13,000.00 (Trece mil y 00/100 soles), siendo que cada parte debe cumplir con el pago de S/6,500.00 (Seis mil quinientos y 00/100 soles) de acuerdo a la Tabla de Aranceles del Centro.

Es el caso que mediante Resolución N° 10, su fecha 05 de agosto del 2016, el Tribunal Arbitral resolvió TÉNGASE por cancelada la totalidad de los Honorarios del Tribunal Arbitral y los Gastos Administrativos del Centro, más los impuestos de Ley, establecidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, cuyo pago total ha sido asumido íntegramente por el CONSORCIO LORETO.

En consecuencia, de lo anteriormente señalado el Tribunal Arbitral estima que tanto el CONSORCIO LORETO como la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas al pago de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto.

En tal circunstancia, dada la subrogación del pago debe disponerse que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS reembolse el monto asumido por su contraparte, el consorcio, en relación al pago que ésta hizo por el costo de todo el proceso arbitral.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, éste Tribunal Arbitral en DERECHO, emite en mayoría el LAUDO ARBITRAL:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y/O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA deducida por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, por las consideraciones expuestas en el Noveno Considerando de la presente resolución

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.1, al no ser materia arbitrable.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.2, al no ser materia arbitrable.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.3, al no ser materia arbitrable.

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.4, al no ser materia arbitrable.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.5, al no ser materia arbitrable.

CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE
LORETO

Caso Arbitral N° 093-2016-CCITL
CONSORCIO LORETO
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

SÉTIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.6, al no ser materia arbitrable.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADO la QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.7.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADO la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.8.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADO la SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.9.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.10.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO la OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.11.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA LA NOVENA PRETENSIÓN, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.12.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.13.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL, que corresponde al Punto Controvertido VII.3.14.

DÉCIMO SEXTO: DECLARAR respecto al décimo quinto punto controvertido, que las partes deben asumir sus respectivos costos de defensa y los costos del proceso arbitral, integrados por los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en proporciones iguales, con reembolso a cargo de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS de los montos abonados en subrogación por el CONSORCIO LORETO.

Notifíquese a las partes.

Abog. ERLIN GUILLERMO CABANILLAS OLIVA
Presidente del Tribunal Arbitral

Abog. KIM MOY ANGÉLICA LUCIA CAMINO CHUNG
Ábitro

Abog. PÉRCY HÉCTOR ZUÑIGA PASTOR
Secretario General CA-CCITL

CONSORCIO LORETO

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

Lugar y fecha de expedición:

El presente Laudo de Derecho se expide en la ciudad de Iquitos, a los veintinueve días del mes de marzo del dos mil diecisiete, en la Sede Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto, ubicada en Calle Huallaga N° 311, 2do. Piso, Oficina N° 203, del Distrito de Iquitos, Provincia de Maynas, Departamento de Loreto.

DEMANDANTE	:	CONSORCIO LORETO (conformado por las Empresas CONSTRUCTORA MSJ S.A.C., CONSTRUCCIONES LORETO E.I.R.L., y MDP CONSULTORES Y CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L.)
DEMANDADA	:	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS
TRIBUNAL ARBITRAL	:	Abog. Erlin Guillermo CABANILLAS OLIVA Presidente del Tribunal Arbitral Abog. Raúl CASADO ZUMAETA Por el CONSORCIO LORETO
		Abog. Kim Moy Angélica Lucia CAMINO CHUNG Por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS
SECRETARIO ARBITRAL	:	Percy Héctor ZÚÑIGA PASTOR
PROCESO DE SELECCIÓN	:	LICITACIÓN PÚBLICA N° 002-2015-CE-GOI-MPM.

Resolución N° 22

Iquitos, treinta y uno de marzo
del dos mil diecisiete.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- I.1 El presente proceso arbitral fue iniciado por el CONSORCIO LORETO (en adelante EL CONSORCIO) contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS (en adelante LA MPM), en base al acuerdo de arbitraje contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-MPM, del 30 de octubre del 2015, para la ejecución de la obra «MEJORAMIENTO DE LA CALLE CENTRAL (CA. MANUEL SEOANE/CA. LEOPOLDO LÓPEZ), DISTRITO DE IQUITOS-PUNCHANA, PROVINCIA DE

• 2

MAYNAS - LORETO», por el monto total de su propuesta económica ascendente a S/. 3'009,469.00 (TRES MILLONES NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE CON 00/100 SOLES), sin IGV, a todo costo, con un Plazo de Ejecución de CIENTO VEINTE (120) DÍAS CALENDARIO, bajo la modalidad de contrato a SUMA ALZADA, conforme a los requerimientos técnicos mínimos, que dispone lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

La conciliación o arbitraje se llevará a cabo en la Cámara de Comercio de Loreto, sujetándose a sus disposiciones internas.»

- I.2 EL CONSORCIO designó como árbitro de parte al Abogado Raúl Casado Zumaeta, LA MPM designó como árbitro de parte a la Abogada Kim Moy Angélica Lucía Camino Chung. Ambos árbitros en conjunto designaron como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al Abogado Erlin Guillermo Cabanillas Oliva.
- I.3 Mediante Resolución N° 01, del 25 de abril del 2016, el Tribunal Arbitral citó a la partes a Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, para el día viernes 29 de abril del 2016, a las 10:00 horas, oportunidad en la que no se llevó a cabo, dándose por frustrada la audiencia y reprogramándola para el viernes 06 de mayo del 2016, a las 10:00 horas, según aparece de la Resolución N° 02, del 29 de abril del 2016. Es así que por Resolución N° 03, del 06 de mayo del 2016, se vuelve a reprogramar la instalación del Tribunal Arbitral, señalándose para el miércoles, 11 de mayo del 2016, a las 10:00 horas; es así que con fecha 16 de mayo del 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, a la cual asistió el Abogado Erlin Guillermo Cabanillas Oliva, Presidente del Tribunal Arbitral, y el Abogado Raúl Casado Zumaeta, Miembro del mismo Tribunal, dejándose constancia de la inasistencia de la Abogada Kim Moy Angélica Lucía Camino Chung; asimismo, se contó con la presencia del representante legal de EL CONSORCIO, Sr. Ángel Moisés Valenzuela Portocarrero, dejándose igualmente constancia de la inasistencia del representante procesal de LA MPM, Abogado Segundo Roberto Vásquez Bravo, Procurador Público Municipal, pese a estar debidamente notificado.

II. LA LEY APLICABLE Y LAS NORMAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO

- II.1 De conformidad con el Punto 4 del Acta de Instalación, de fecha 16 de mayo del 2016, serán de aplicación al presente arbitraje, los acuerdos previstos por las partes en el respectivo convenio arbitral, las reglas contenidas en la precitada acta, el Reglamento del Centro, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo N° 1017

3

y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

- II.2 Según lo dispuesto en el Punto 6 del Acta de Instalación, la sede del arbitraje es la ciudad de Iquitos y el idioma aplicable es el castellano.
- II.3 En virtud del convenio arbitral contenida en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-MPM, el presente arbitraje será de tipo administrativo, conforme se señala en el Punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- II.4 Asimismo, corresponde señalar lo siguiente:
 - II.4.1 El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normatividad de contrataciones vigente.
 - II.4.2 La designación y aceptación de cada uno de los integrantes, árbitros habilitados, se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
 - II.4.3 La demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos. Del mismo modo, la demandada fue formalmente emplazada con dicha demanda y ejercitó plenamente su derecho de defensa, contestando la misma.
 - II.4.4 Ambas partes tuvieron absoluta libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
 - II.4.5 En tal sentido, el Tribunal Arbitral dentro del plazo establecido, a través del presente, procederá a emitir el correspondiente Laudo Arbitral que ponga fin a la controversia suscitada entre las partes, todas ellas debidamente acreditadas.

III. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

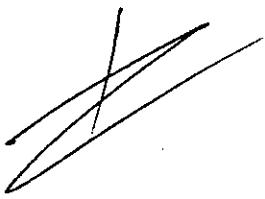
EL CONSORCIO, con escrito N° 1 de fecha 22 de abril del 2016, solicitó al Tribunal Arbitral dicte una medida cautelar de no innovar, a fin que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS se abstenga de ejecutar las Cartas Fianzas de FIEL CUMPLIMIENTO N° 0011-0305-9800062115-05, de ADELANTO DIRECTO FIANZA N° 0011-0305-9800062255-09 y de ADELANTO DE MATERIALES FIANZA N° 0011-0305-9800063200-04 emitidos por el BBVA CONTINENTAL.

El pedido fue acogido por el Tribunal Arbitral, el mismo que ante un pedido de oposición al concesorio tuvo a bien declarar improcedente tal pedido.

Debe indicarse que la medida cautelar corrió en cuerda separada y fue otorgada *in audit pars*, como corresponde al pedido.

IV. DE LA DEMANDA ARBITRAL

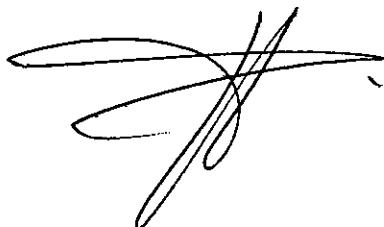
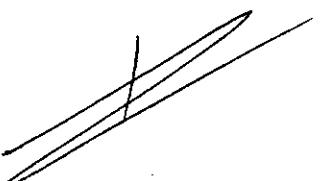
IV.1 Con fecha 26 de mayo del 2016 EL CONSORCIO presentó, en sede arbitral, su escrito N° 1, con la sumilla «Demandar Arbitral», de cuyo petitorio fluye la interposición de demanda acumulativa, objetiva, originaria de pretensiones contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, enunciando sus pretensiones principales y subordinadas del modo siguiente:



- **Primera Pretensión Principal.** - que, se DECLARE NULA la Resolución de Alcaldía N° 161-2016 de Aprobación de Adicional N° 01 y Deductivo Vinculado N° 1.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.** - Que, en caso se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se apruebe el Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculado N° 01 por el monto de S/. 429,489.22 considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad.
- **Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 422,798.47.
- **Segunda Pretensión Principal.** - Que, se orden a la entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en el asiento N° 151 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 03 por el monto de S/. 46,132.28 y el Deductivo Vinculante N° 03 por el monto de S/. 12,342.83.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la segunda pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 33,789.45.
- **Tercera Pretensión Principal.** - Que, se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en el asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53 y el Deductivo Vinculante N° 02 por el monto de S/. 3,556.28.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la tercera pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 3,696.25.
- **Cuarta Pretensión Principal.** - Que, se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por nuestra representada en los asientos N° 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.
- **Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal.** - Que, en caso NO se APRUEBE la cuarta pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizable por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 36,545.00.
- **Quinta Pretensión Principal.** - Que, se declare Nula la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara IMPROCEDENTE nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 21 días calendarios, argumentando sin fundamento que nuestra solicitud de ampliación de plazo no afecta la ruta crítica de la obra.

- 5
- **Sexta Pretensión Principal.**- Que, se declare FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 pro 21 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimiento establecidos en al artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.
 - **Séptima Pretensión Principal.**- Que, se determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más INTERESES hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Art. 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente; donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario.
 - **Primera Pretensión subordinada a la séptima pretensión principal.**- Que, en caso NO se APRUEBE la quinta y sexta pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado con el objeto de concluir la obra dentro del plazo contractual.
 - **Octava Pretensión Principal.**- Que, se declare Nula la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba veintiocho (28) días calendarios de ampliación de plazo.
 - **Novena Pretensión Principal.**- Que, se declare FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendarios de ampliación de plazo solicitados.
 - **Décima Pretensión Principal.**- Que, se determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más INTERESES hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Art. 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente; donde se señala que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario.
 - **Primera Pretensión Subordinada a la Décima Pretensión Principal.**- Que, en caso NO se APRUEBE la octava y novena pretensión principal, solicitamos se reconozca en favor de mi representada los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado con el objeto de concluir la obra dentro del plazo contractual.
 - **Onceava Pretensión Principal.**- Que, considerando que nuestra representada no es responsable de las deficiencias y/o vicios ocultos del expediente técnico, solicito que las tasas del ARBITRAJE, así como los costos y costas del PROCESO ARBITRAL sean pagados totalmente por la ENTIDAD CONTRATANTE; por haber ordenado a nuestra representada ejecutar trabajos que no correspondían al objeto de nuestro contrato.

IV.2 Mediante Resolución N° 06, del 11 de junio del 2016, el Tribunal Arbitral admitió a trámite el escrito de demanda presentado por CONSORCIO LORETO, en los términos que se expresan en dicho documento, teniéndose por ofrecidos los medios



probatorios que se señalan y, mandándose agregar a los autos los anexos que se acompañan; asimismo, se corrió traslado a la parte demandada por el término de diez (10) días hábiles para que la conteste y de considerarlo conveniente formule reconvenCIÓN.

V. DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA FORMULADAS POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

- V.1 Con escrito de fecha 01 de julio del 2016, LA MPM, previo a contestar la demanda formuló la EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA DE ARBITRAJE, por considerar que las 19 pretensiones que contiene la demanda son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles, (si no sirve la primera considérame la segunda y si la segunda también no sirve considérame la décima), por lo que se debe ordenar al demandante que precise cuáles son sus pretensiones en forma clara y precisa, con la finalidad de que la demandada absuelva cada una de sus pretensiones. Agrega que la forma en la cual se ha planteado la demanda impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la pretensión demandada. Los fundamentos de derecho que menciona en su escrito, los artículos 184, 199, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones, resultan ser normas que tratan sobre plazos de caducidad, que según LA MPM son plazos especiales para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias derivadas de la resolución del contrato.
- V.2 Es de señalar que por medio de la Resolución N° 09 (Principal), del 05 de agosto del 2016, el Colegiado tuvo por deducida la Excepción de Ambigüedad de fecha 01 de julio del 2016 y concedió al CONSORCIO LORETO un plazo de CINCO (05) días hábiles a fin que se pronuncie tanto del escrito de excepción como del de contestación de la demanda de fecha 08 de julio del 2016, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, pidiendo se declare oportunamente IMPROCEDENTE y/o INFUNDADA la misma.

VI. DE LA ABSOLUCIÓN DEL CONSORCIO RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DEDUCIDA POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS RELACIONADA AL ESCRITO DE DEMANDA.

- VI.1 CONSORCIO LORETO, mediante escrito de fecha 16 de agosto del 2016, se pronuncia respecto a lo invocado por LA MPM, señalando que sus 19 pretensiones son claras y debidamente fundamentadas, adjuntando para el caso, copia de un laudo arbitral con pretensiones similares, lo que les sirve de sustento para asumir validez a sus pretensiones; solicitando que la excepción de ambigüedad y la contestación de la demanda sean declaradas improcedentes, de acuerdo a Ley.
- VI.2 Por Resolución N° 11, del 26 de agosto del 2016, el Tribunal Arbitral tiene a bien correr traslado por CINCO (05) días hábiles el escrito en el cual el CONSORCIO LORETO se pronuncia sobre la Excepción de Ambigüedad en el modo de proponer la demanda y el escrito de absolución de la demanda por parte de LA MPM, con la finalidad que se pronuncie en lo que a su derecho corresponde.

- VI.3 Por Resolución N° 12, del 19 de octubre del 2016, el Tribunal Arbitral declara nula la segunda parte resolutiva de la Resolución N° 11, del 29 de agosto del 2016, en cuanto a la programación de fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios de Prueba, fijándose incluso fecha para celebrar la mencionada audiencia el 07 de

•7

setiembre del 2016. En el Cuarto Punto de la parte resolutiva, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de resolver la Excepción deducida por LA MPM, conjuntamente con las cuestiones de fondo en el Laudo Arbitral. Para ello cita a las partes a Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se ha llevado a cabo según acta de su propósito.

VII. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

- VII.1 Con fecha 27 de octubre del 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, contándose con la presencia de los representantes de ambas partes, señalándose por parte del Tribunal Arbitral que de conformidad con las reglas del Acta de Instalación que el medio de defensa consistente en la Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda será resuelta en la forma y modo dispuesto en la resolución N°12, del 19 de octubre del 2016, por lo que se declara la existencia de una relación jurídica procesal válida derivada del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-MPM - "MEJORAMIENTO DE LA CALLE CENTRAL (CA. MANUEL SEOANE / CA. LEOPOLDO LÓPEZ) DISTRITO DE IQUITOS-PUNCHANA, PROVINCIA DE MAYNAS-LORETO".
- VII.2 Acto seguido, conforme consta en el acta que se tiene mencionada, luego del esfuerzo desplegado por el Tribunal Arbitral de llegar a un acuerdo conciliatorio, exponiéndose las ventajas que este mecanismo trae consigo, las partes al unísono manifestaron que no es posible arribar a tal conciliación, por lo que se declaró frustrada la conciliación, no llegándose a un acuerdo satisfactorio.
- VII.3 En tal escenario, el Tribunal Arbitral, con las facultades contenidas en las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los PUNTOS CONTROVERTIDOS, respecto de cada una de las pretensiones planteadas en el presente proceso arbitral, correspondiendo a la realidad concreta las que EL CONSORCIO LORETO, con intervención directa de su representante legal debidamente acreditado, precisa, en su orden, en su demanda, siendo los siguientes:
- VII.3.1 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, que resuelve aprobar el Adicional de Obra N° 01 y el Deductivo de Obra N° 01.
- VII.3.2 Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 429,489.22.
- VII.3.3 Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del adicional N° 01 aprobado por la parte demandada.

- VII.3.4 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante la apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 151, así como los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico de S/. 46,132.28, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución de la obra.
- VII.3.5 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, lo cual generará la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53.
- VII.3.6 Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en los Asientos N°s. 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.
- VII.3.7 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara improcedente la solicitud de la Contratista de la Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios.
- VII.3.8 Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 pro 21 días calendario, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.
- VII.3.9 Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo dispuesto en el artículo N° 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- VII.3.10 Primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 24,463.09, correspondiente a los mayores gastos generales.
- VII.3.11 Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba Veintiocho (28) días calendario de ampliación de plazo.
- VII.3.12 Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendario, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendario de ampliación de plazo solicitados.

VII.3.13 Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

VII.3.14 Primera pretensión subordinada a la décima tercera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 58,593.74, correspondiente a los mayores gastos generales.

VII.3.15 Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

VII.4 El Tribunal Arbitral acto seguido admitió los medios probatorios documentales que sirven de sustento a la demanda arbitral, así como de su respectiva contestación.

VIII. DE LA ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS E ILUSTRACIÓN DE HECHOS.

VIII.1 Mediante Resolución N° 15, del 05 de enero del 2017, el Tribunal Arbitral señaló fecha y hora para llevar adelante la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos.

VIII.2 El 11 de enero del 2017, las partes debidamente representadas por sus Abogados se hicieron presente a la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios e Ilustración de Hechos, actuándose todos aquellos documentales ofrecidos por ambas partes, cuyo detalle corre inserto en el acta levantada para su propósito.

VIII.3 Asimismo, las partes cumplieron con exponer cada una sus posiciones en la Etapa de Ilustración de Hechos, con la respectiva réplica y dúplica, suscribiendo para mayor conformidad.

IX. DEL CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y DE LOS ALEGATOS ESCRITOS.

IX.1 Con Resolución N° 16, del 12 de febrero del 2017, el Tribunal Arbitral resuelva disponer el cierre de la etapa probatoria del proceso arbitral en curso. Asimismo, otorga a las partes un plazo de CINCO (05) días hábiles a fin que presenten sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.

IX.2 Con fecha 18 de enero del 2017, la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS presenta sus alegatos escritos, reafirmándose en su escrito de absolución de pretensiones del 11 de diciembre del 2016.

IX.3 El mismo 18 de enero del 2017, el CONSORCIO LORETO cumple con presentar sus alegatos y conclusiones finales, a efectos de que se tenga un cabal conocimiento de los hechos y en su oportunidad se emita un laudo con arreglo a Ley.

IX.4 Con Resolución N° 17, del 26 de enero del 2017, el Tribunal Arbitral advierte que en la presentación de los alegatos escritos las partes no han solicitado hacer uso de la palabra, mediante el respectivo informe oral, por lo que se prescinde de la realización de tales informes orales y se declara que el presente proceso arbitral

se encuentra en estado de laudar, por lo que se fija el plazo de TREINTA (30) días hábiles, con facultad de prórroga de otros QUINCE (15) días hábiles más, para la emisión del correspondiente laudo.

•10

- IX.5 Que, mediante Resolución N° 18, su fecha 27 de enero del 2017, el Tribunal Arbitral declaró IMPROCEDENTE la solicitud de aclaración del actuar en el proceso arbitral, manifestada por el Procurador Público Municipal, en representación de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, mediante escrito del 19 de enero del presente año.
- IX.6 Con Resolución N° 19, del 09 de marzo del 2017, se dispone la prórroga del plazo para laudar, en quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de vencido el término original.
- IX.7 Asimismo, mediante Resolución N° 20, del 27 de marzo del 2017, el Tribunal Arbitral dentro de sus facultades declaró IMPROCEDENTE la recusación deducida contra el árbitro ERLIN CABANILLAS OLIVA en su condición de Presidente del Tribunal Arbitral por el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Maynas.
- IX.8 Del mismo modo, mediante Resolución N° 21, su fecha 27 de marzo del 2017, el Tribunal Arbitral declaró INFUNDADA la reconsideración presentada contra la Resolución N° 17, del 27 de enero del 2017, deducida por el representante procesal de la Municipalidad Provincial de Maynas; asimismo, se declaró INFUNDADO el pedido de Informes Orales solicitado por el citado funcionario municipal mediante escrito del 31 de enero del 2017.

ANALISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Y, CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

PRIMERO.- Antes de analizar la materia controvertida, corresponde hacer las siguientes afirmaciones: i) Que, el Tribunal Arbitral ha sido designado conforme a ley; ii) Que, en ningún momento se ha recusado a los integrantes del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; iii) Que, ambas partes tuvieron la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa; iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral; v) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del presente proceso arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación; y, vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

SEGUNDO.- Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje, para determinar, sobre la base de la valoración conjunta de ella, las consecuencia jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en

función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Colegiado respecto de tales hechos.

•11

TERCERO.- Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de “*Comunidad o Adquisición de la Prueba*”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizados para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que los ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece:

«...LA ACTIVIDAD PROBATORIA NO PERTENECE A QUIEN LA REALIZA, SINO, POR EL CONTRARIO, SE CONSIDERA PROPIA DEL PROCESO, POR LO QUE DEBE TENÉRSELE EN CUENTA PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL HECHO A QUE SE REFIERE, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE BENEFICIE O PERJUDIQUE LOS INTERESES DE LA PARTE QUE SUMINISTRÓ LOS MEDIOS DE PRUEBA O AÚN DE LA PARTE CONTRARIA. LA PRUEBA PERTENECE AL PROCESO Y NO A LA PARTE QUE PROPUSO O LO PROPORCIONÓ.»¹

CUARTO.- Efectuadas estas precisiones a continuación se procederá al análisis de las pretensiones establecidas por las partes en la demanda y que han sido materia del presente arbitraje.

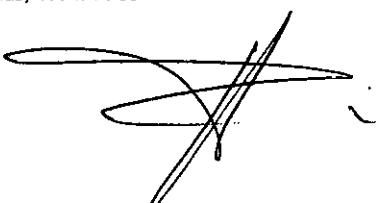
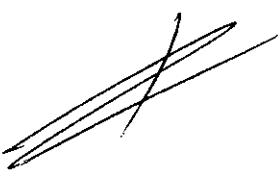
QUINTO.- El Tribunal en minoría deja plena constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de modo alguno que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal en minoría deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

SEXTO.- Que, adicionalmente, debe precisarse que, los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, constituyen solo una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal en minoría, prevaleciendo las pretensiones formuladas en la demanda, pudiendo además realizar un análisis conjunto de la misma en aquellos casos en que sea pertinente. Asimismo, el Tribunal en minoría considera necesario precisar que para el análisis de las pretensiones no estima necesario volver a repetir las posiciones de las partes en su integridad, ya que éstas constan en los antecedentes del presente Laudo Arbitral, sin que ello implique, de modo alguno, no haberlas tenido en consideración.

EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE DEFENSA Y DE LAS PRETENSIONES A RESOLVERSE:

En el caso que nos ocupa el Tribunal en minoría resolverá, en primer lugar, la Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda. Seguidamente, en el supuesto de que sea necesario resolver las cuestiones de fondo de la presente controversia, se observará en estricto, el orden dispuesto en los Puntos Controvertidos.

¹ TARAMONA H., José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Lima: Rodhas, 1994. P. 35



SÉTIMO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. Considera LA MPM que «CONSORCIO LEÓN» (según aparece de su escrito de fecha 1 de julio del 2016) al presentar sus 19 pretensiones contenidas en su demanda, son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles (si no sirve la primera considérame la segunda y si la segunda también no sirve considérame la décima) ergo se debe ordenar al demandante para que precise cuáles son sus pretensiones en forma clara y precisa, con la finalidad de que la demandada absuelva a cada una de las pretensiones. Luego textualmente señala: «La forma en la cual está planteada las pretensiones, impide el efectivo ejercicio del derecho de defensa al no poder el demandado negar o reconocer cada uno de los hechos expuestos en la pretensión de la demanda»

OCTAVO.- Posición de EL CONSORCIO. El 16 de agosto del 2016 EL CONSORCIO emite pronunciamiento sobre la excepción deducida por LA MPM señalando que las 19 pretensiones de su demanda son claras y debidamente fundamentadas, adjuntando copia de un laudo arbitral el cual considera similar a sus pretensiones, lo que demostraría que aquellas se encuentran ceñidas a ley y no necesitan de mayor fundamentación.

NOVENO.- Decisión del Tribunal en minoría. Antes de pasar a desarrollar lo tocante a este medio de defensa, resulta necesario indicar que la *Excepción de Oscuridad y/o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda* sirve, en palabras de TICONA «[...] para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: ¿quién demanda?, ¿a quién se demanda?, ¿qué se demanda? O ¿por qué se demanda?, de manera fluida y clara» [TICONA, 1996, Tomo I:575, citado en *Las Excepciones en el Proceso Civil*, por Alberto Hinostroza Minguez, Ediciones Forenses, Primera Edición, octubre de 1997, página 298]; siendo así, se tiene que LA MPM contestó la demanda arbitral debidamente notificada a su parte, el 8 de julio del 2016, oportunidad en que enfatiza que la misma debe declararse oportunamente IMPROCEDENTE y/o INFUNDADA, no sin antes negarla y contradecirla en todos sus extremos, exponiendo a renglón seguido sus fundamentos de hecho y de derecho.

Cabe señalar a este punto, de los actuados arbitrales, que la entidad emplazada ha contestado la demanda en claro ejercicio de su derecho de defensa, situación que permite asumir respecto a la alegada oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, que ésta no existe, pues refiriéndose a las pretensiones de EL CONSORCIO solamente menciona que son subjetivas, ambiguas y por lo tanto risibles. En este extremo, el Tribunal Arbitral debe dejar en claro el infortunado uso del mencionado adjetivo «risible»² por parte del representante procesal de la entidad demandada, sobre todo porque existen mejores formas de expresión que llevan a un trato serio y racional de la demanda y sus pretensiones, cuanto más sin que haya margen de error, pues como se advierte del encabezamiento, se trata de la demanda del CONSORCIO LORETO y no del citado CONSORCIO LEÓN, lo cual no hace sino anotar la falencia con que se afronta un proceso arbitral acordado contractualmente y que cuenta -como se sabe- con arraigo constitucional, a tenor del segundo párrafo del Inciso 1) del Artículo 139° de nuestra Carta Fundamental. Dicho esto, el Tribunal Arbitral debe declarar infundada la Excepción deducida de Oscuridad y/o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

ANALISIS DE LAS PRETENSIONES Y/O PUNTOS CONTROVERTIDOS PLANTEADOS POR LAS PARTES EN LA DEMANDA.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.1 (PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

² Risible. (Del lat. *Risibilis*). Adj. Capaz de reírse. // 2. Que causa risa o es digno de ella.

Determinar si corresponde o no declarar la NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, que resuelve aprobar el Adicional de Obra N° 01 y el Deductivo de Obra N° 01.

•13

DÉCIMO.- Posición del CONSORCIO LORETO. Mediante Carta N° 004-2016-GOI-MPM, notificada el 28 de enero del 2016, la MPM cumple con comunicar que la elaboración del Expediente concerniente al Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 estará a su cargo en cumplimiento del Artículo 207³ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La supervisión, con Carta N° 001-2016-JPCL, del 21 de enero del 2016, aprueba la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra con deductivo vinculante; añadiendo que se deberá tener en cuenta solo y únicamente los tramos materia de consulta y absolución respectivamente, es decir, los Pasajes Central (Tramo 5B), 16 de Mayo (Tramo 7B), ciñéndose a los planos alcanzados y aprobados por la Entidad mediante Carta N° 332-2015-GOI-MPM, del 03 de diciembre del 2015.

³ Artículo 207⁴.- Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que realizará la Entidad previo a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obras serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

La necesidad de tramitar la autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. El inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra.

La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del contratista ejecutor de la obra principal, en calidad de prestación adicional de obra, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 174⁵ del Reglamento. Para dicha definición, la Entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del contratista que la ejecuta, cuando considere encargarle a éste la elaboración del expediente técnico.

Cuando el expediente técnico es elaborado por la Entidad o por un consultor externo, será necesario verificar con el contratista ejecutor de la obra principal, que la solución técnica de diseño se ajusta a la prestación principal; asimismo, independientemente de quién elabore el expediente técnico, deberá tenerse en consideración lo señalado en los párrafos tercero y cuarto de este artículo.

Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la Entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional. Recibido dicho informe, la Entidad cuenta con catorce (14) días para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, podrá ser causal de ampliación de plazo.

Cuando la Entidad decida autorizar la ejecución de la prestación adicional de obra, al momento de notificar la respectiva resolución al contratista, también debe entregarle el expediente técnico de dicha prestación, debidamente aprobado.

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista podrá reducir el monto de dicha garantía.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

EL CONSORCIO no está de acuerdo con la resolución emitida por la Entidad Contratante; ya que oportunamente mediante carta notarial se le indicó que al efectuarse modificaciones al proyecto se tiene que considerar los metrados totales de las partidas involucradas en las modificaciones y no solamente metrados parciales de dichas partidas como ha considerado la Entidad en el adicional de obra N° 01; ya que al verificar los metrados de las partidas de mortero y armadura de fierro estos metrados no fueron considerados en el expediente técnico por deficiencias y vicios ocultos del expediente técnico. Todo lo cual es fundamento para solicitar se declare nula la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, de aprobación del Adicional N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01.

DÉCIMO PRIMERO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. La Entidad Municipal al absolver este punto controvertido expresa que el demandante está inobservando lo acordado por las partes en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución, sobre el plazo para impugnar las controversias que surjan de la ejecución del contrato de obra, que caducan en el plazo de 15 días de producido el hecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos N°s. 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y el Artículo 52° de la mencionada Ley.

Señala que la nulidad procede por causas que contravienen la Ley, precisando que el Consorcio ha contravenido el procedimiento de adicionales de obras contemplados en el Artículo 41⁴ de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias vigentes, y el Artículo 207° del Reglamento de la mencionada ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias vigentes, por lo que la pretensión cuestionada debe de declararse infundada.

Asimismo indica que de acuerdo a los actuados se ha podido comprobar que el trámite administrativo para aprobar y autorizar la ejecución del adicional de obra y su deductivo vinculante se ha desarrollado de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa de contrataciones vigente, por lo que al no haber causal de nulidad alguna con respecto a la

⁴ Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

- 41.1 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
- 41.2 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Parta tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.
En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- 41.3 Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que se impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

aprobación del adicional, consideran que la Primera Pretensión Principal debe ser declarada infundada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Decisión del Tribunal en minoría.

EL CONSORCIO demandante ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, en cuya parte resolutiva aprueba el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 ascendente a OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS CON 97/100 SOLES (S/. 8,442.97) sin IGV; y, el Presupuesto Deductivo N° 01 de UN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS CON 22/100 SOLES (S/. 1,932.22) sin IGV, bajo el fundamento que mediante comunicación cursada por vía notarial hizo saber a la Entidad que no estaba de acuerdo con lo señalado por la supervisión de considerar solo el metrado de los tramos indicados en el adicional de obra, pues de modificarse el expediente técnico original se tiene que efectuar un nuevo metrado de las partidas que conforman el adicional de obra.

El Artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado establece que se declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que se expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección, cuando se trata de un acto derivado de tal proceso.

En ese sentido, considera este Tribunal Arbitral que comunicar a la Entidad el «no estar de acuerdo» con lo resuelto y notificado no alcanza a la previsión contenida en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 007-2015-GM-MPM, suscrito el 30 de octubre del 2015. Dicha previsión textualmente señala lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tienen el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgad y se ejecuta como una sentencia.

La conciliación o arbitraje se llevará a cabo en la Cámara de Comercio de Loreto, sujetándose a sus disposiciones internas.»

Asimismo se tiene que, las divergencias respecto de valorizaciones o metrados, esto es, que si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. En ese sentido, el Artículo 199º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hace hincapié en cuanto a que si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada podrá

someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada.

De autos se tiene que la fecha de presentación de la demanda arbitral fue el 26 de mayo del 2016, mientras que la fecha de notificación de la resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, se realizó el mismo día, según Carta N° 049-2016-GOI-MPM, por lo que en concepto de este Tribunal Arbitral, la reclamación del Consorcio Loreto sobre este punto en específico, habría caducado de pleno derecho, al haberse excedido el plazo legal que tenía el Consorcio Loreto para solicitar el inicio del proceso arbitral tal y conforme se pactó en el contrato de obra que se ha mencionado líneas arriba. Por ello, esta primera pretensión debe desestimarse.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.2 (PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 429,489.22.

DÉCIMO TERCERO.- Posición del CONSORCIO LORETO. Del enunciado de la demanda se tiene que la Primera Pretensión Principal Subordinada a la Primera Pretensión Principal, según consta de los fundamentos del mencionado escrito es que en caso se declare NULA la primera pretensión principal, solicitamos se apruebe el Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculado N° 01 por el monto de S/. 429,489.22 considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad.

Agrega en su sustento que las razones expuestas para solicitar declarar la NULIDAD de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016 de Aprobación del Adicional N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 que dan certeza a lo expresado en la presente demanda, les permiten invocar que la Entidad Contratante deba cancelarles con carácter imperativo e inexorable la cantidad de S/. 429,489.22 (Cuatrocientos Veintinueve mil cuatrocientos ochenta y nueve y 22/100 Soles) más intereses hasta la fecha de pago, correspondiente al valor del Adicional de Obra N° 01 y Deductivo Vinculante N° 01 de la Obra "Mejoramiento de la Calle Central (Ca. Manuel Seoane /Ca. Leopoldo López) Distrito de Iquitos - Punchana, Provincia de Maynas - Loreto", considerando el metrado total de las partidas que están incluidas en las modificaciones al proyecto aprobadas por la Entidad.

DÉCIMO CUARTO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. Cabe indicar que el sistema de contratación de la obra fue a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. Tal como lo indica la Ley de Contrataciones del Estado, una Entidad sólo podrá contratar la ejecución de una obra a suma alzada, cuando sea posible determinar su magnitud, calidad y cantidad, debiendo establecer esta información en los planos y especificaciones técnicas comprendidos en el expediente técnico.

De acuerdo a los actuados se determinara si es que las retenciones realizadas por el contratista durante la ejecución de la obra correspondían o no a adicionales de obra. El contratista a través de su residente de obra realizó la anotación en el Cuaderno de Obra N° 047 de fecha 18 de diciembre del 2016, donde indica... se pone en conocimiento a la Supervisión de Obra que en el plano de nivelación de buzones código PNB lámina 06-07 del expediente técnico, solo indica el encimado de cuatro (04) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales.

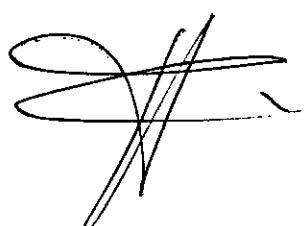
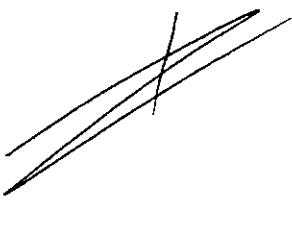
Se evidencia que a través de las anotaciones en el cuaderno de obra, en las cuales se demuestra que el residente se encontró con imprevistos en la ejecución de la obra de los cuales quiso sacar provecho e insinuar que la ejecución de los trabajos son presuntas prestaciones adicionales de obra, los cuales no deber ser considerados como tal por los siguientes motivos:

- En el caso de la presencia de una alcantarilla de pase en la intersección de la calle central y el pasaje central se indica que este es un imprevisto en la ejecución de la obra y la demolición del canal no fue indispensable para el cumplimiento de la finalidad del contrato, además el contratista solo realizó la demolición de la losa techo del canal para poder realizar los trabajos de relleno y compactado con material de préstamo, por tanto la demolición de esta losa techo es considerada como un procedimiento constructivo y que a su vez debe ser asumida por el contratista. Así mismo se indica que como bajo el sistema de contratación a suma alzada donde el contratista está obligado a realizar la totalidad del contrato dentro del monto ofertado; por tanto este imprevisto no es considerado como un adicional de obra.
- Con respecto a los trabajos de excavación con maquinaria para la losa de rodadura en los pasajes central e Iquitos, indicamos que este imprevisto no puede ser considerado como adicional de obra dado que al momento de realizar los trabajos de trazo, o al mismo momento de realizar los trabajos de drenaje pluvial en esta zona, el contratista a través de su residente evidenció la dificultad que tenía para poder ejecutar los trabajos en los mencionados pasajes; debiendo este al momento o en el instante de constatar las dificultades haber tomado acciones al respecto dado que es un proceso constructivo, es decir, debió haber reprogramado sus actividades con respecto a la dificultad presentada para así evitar posteriores perjuicios a su representada. Por tanto este imprevisto no debe ser considerado como adicional de obra dado que las circunstancias ameritan que es un procedimiento constructivo y el contratista debe tomar las medidas respectivas para poder ejecutar la obra dentro del plazo previsto y el monto ofertado.

DÉCIMO QUINTO.- Decisión del Tribunal en minoría. Habiéndose desestimado la Primera Pretensión Principal de la presente demanda, carece de objeto pronunciarse por la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal. La decisión adoptada por el Tribunal en minoría está directamente relacionada con la pretensión subordinada expuesta en el escrito de demanda del Consorcio Loreto, pues como bien se señala la condición de subordinación de la misma pretensión le da procedencia siempre y cuando se haya estimado la Primera Pretensión Principal referida a declarar la Nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 161-2016-A-MPM, del 29 de febrero del 2016, que aprobó el Presupuesto Adicional de Obra N° 01 y el Presupuesto Deductivo de Obra N° 01. Siendo así, carece de objeto pronunciarse sobre esta Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

En ese sentido, podemos indicar que la acumulación objetiva prevista en el Artículo 85º del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a esto autos, señala que se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas: "2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa"; para el caso que nos ocupa la primera pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal debe correr la misma suerte deparada a tal pretensión principal; esto es, debe desestimarse la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal del escrito de demanda.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.3 (SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA DEMANDA)



Determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del Adicional N° 01 aprobado por la parte demandada.

18

DÉCIMO SEXTO.- Posición del CONSORCIO LORETO.- Del escrito de demanda arbitral se tiene para este punto controvertido que en caso NO se declare NULA la primera pretensión principal, solicitan se reconozca en favor de su representada los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución contractual que asciende a la suma de S/. 422,798.47.

Que, un punto importante de mencionar es que recién en la etapa de ejecución contractual se ha podido determinar que en los metrados de las estructuras del alcantarillado no se habían considerado los metrados de las partidas de mortero y acero estructural, lo que se verificó al momento de solicitar la modificación del proyecto, existiendo un vicio oculto grave que ha afectado a su representada en S/. 422,798.47.

Que, es importante mencionar que la Entidad Contratante -señalan- en forma arbitraria les ordenó la ejecución de las partidas no contempladas en el expediente técnico desfinanciándose completamente al no retribuirles por los trabajos ejecutados, contraviniendo:

- El Artículo 1362º del Código Civil, que señala que en todo contrato nadie puede sacar ventaja entre las partes y menos en forma arbitraria pretender que su representada ejecute trabajos no contemplados en el expediente técnico de la obra, sin tener en cuenta que la interpretación y ejecución de los contratos debe sujetarse en primer término a lo expresado en ellos y si esto no fuera posible sometiéndolos a las reglas de la buena fe y común intención de las partes como principio fundamental de todo contrato.
- La Constitución Política del Estado, donde la Entidad Contratante al pretender que su representada ejecute trabajos no contemplados en el expediente técnico de la obra sin ninguna retribución, vulnera flagrantemente los principios de Justicia, Equidad, Seguridad Jurídica, al Debido Proceso, de Legalidad y el buen orden legalmente pretendido en las sociedades organizadas entre los entes públicos y los particulares, todo dentro del marco del Estado de derecho; toda vez que sus efectos jurídicos son equívocos y contrarios al mandato constitucional que señala que nadie está obligados a prestar trabajo sin la debida retribución, debiendo prevalecer este precepto constitucional sobre toda norma legal, por tener jerarquía superior en nuestro Estado de Derecho que debe ser respetado en todo el territorio nacional.

DÉCIMO OCTAVO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.- Señala la MPM que un sobrecosto es también conocido como un incremento de costo o sobrepasar el presupuesto, es un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto. El sobrecosto, añaden, debería ser distinguido de la escalación (sic) del costo, que es usado para expresar un crecimiento anticipado en el costo presupuestado debido a factores tales como la inflación.

Consideran que una prestación adicional de obra debe aprobarse de manera previa a su ejecución (aprobación de expediente técnico y certificación presupuestal respectiva), no sería procedente pagar, en calidad de prestación adicional los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original que no hubiesen contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución.

Por tanto, al respecto se indica que como estos acontecimiento no considerados en el expediente técnico y que fueron trabajos que ha realizado el contratista, se debió tener presente que antes de su ejecución y para que proceda su pago respectivo o se realice el reconocimiento del pago, la ejecución de estos trabajos debieron contar con la autorización de la Entidad y esta solicitud de pago debería ser debidamente acreditada.

Pues bien, de acuerdo a lo indicado en la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, remitida a la Entidad con fecha 22 de febrero del 2016, el Contratista indica algunos casos de adicionales de obra los cuales según su análisis, estos trabajos realzan la sumatoria de S/. 422,498.47 y estos supuestos de adicionales de obra son:

1. Prestación Adicional N° 01: Reubicación de canaletas de mortero armado, Pasaje 16 de Mayo / Psje. Central y el mayor metrado no sea considerado de la canaleta de mortero armado del expediente técnico. Ante esto se indica que se formuló el adicional de obra N° 01 por la reubicación de las canaletas de mortero armado en los pasajes mencionados, así mismo se indica que en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no se generan adicional de obra por mayores metrados.
2. Prestación Adicional de Obra N° 02: Encimado de buzones que no están considerados en los planos del Expediente Técnico. Ante esta solicitud se indica que en obras contratadas por mayores metrados, dado que el contratista en su oferta técnica económica se compromete a ejecutar la totalidad de su contrato por un monto ofertado y un plazo determinado.
3. Prestación Adicional de Obra N° 03: Modificación de la trayectoria de la canaleta de mortero ubicada en el Psje. Iquitos entre las Progresivas 0+015.80 - 0+020 y 0+067.90 - 0+072.10 en las cuales existen buzones que interfieren la trayectoria de la canaleta de mortero armado proyectado, ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con lo indicado en el Informe N° 004-2016-WRMC/JS de 17 de febrero del 2016, este indica que con respecto a estos trabajos el contratista ha venido ejecutando estos trabajos en el mes de enero y este en la actualidad se encuentra con un avance físico el 80.00% faltando solo la losa techo del canal mencionado (informe adjunto en anexos 03).
4. Prestación Adicional de Obra N° 04: Movimiento de tierras manual en los Psjes. Iquitos, 16 de Mayo y Central; el cual el expediente técnico no considera ya que en dichos Psjes. Existen cantidades de redes de agua y desagüe superficialmente al terreno natural que se pueden destruir al usar maquinarias como manda el expediente técnico. Ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con las tomas fotográficas adjuntas a la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, se evidencia que esta ha venido ejecutando ya los trabajos de obra, por tanto no procede un adicional de obra (Informe adjunto en anexos 03).

Por tanto como se ha podido evidenciar, la ejecución de estos trabajos no fueron aprobados por la Entidad como una prestación adicional y para que proceda el pago de una prestación

820

adicional de obra, debe aprobarse este de manera previa a su ejecución (aprobación de expediente técnico y certificación presupuestal respectiva), por tanto no es procedente pagar, en calidad de prestación adicional, los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original dado que no se ha contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución.

Así mismo, cabe indicar que cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad para la ejecución de una obra es el de suma alzada, al presentar su propuesta durante el proceso de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra -conforme a los planos y especificaciones técnicas, y demás información prevista en el expediente técnico- por el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

Por tanto este sobre costo que aduce el contratista que le debe reconocer la entidad debe ser asumido del monto de la utilidad del expediente técnico multiplicado por su factor de relación, pues como es de conocimiento y según el Artículo 2º del Decreto Supremo N° 011-79-VC, la utilidad es el monto que percibe el contratista por ejecutar la obra y se compone de utilidad neta, impuestos sobre utilidad y margen por variaciones de imprevistos; dado que estos trabajos son imprevistos en obra y los imprevistos se encuentran en el margen de utilidad de la obra se indica que el monto de estos trabajos debe ser asumido por el Contratista.

Señala que está debidamente acreditado que lo solicitado por el Consorcio Loreto en su Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, debe ser desestimada por el Tribunal Arbitral debido a que se determinó que no puede proceder el pago de los trabajos adicionales o imprevistos (no contemplado en el expediente técnico) sin previa autorización de la Entidad.

DÉCIMO NOVENO.- Decisión del Tribunal en minoría.

Previo a resolver el Tercer Punto Controvertido consistente en determinar si corresponde o no reconocer a favor de la parte demandante los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico que asciende a la suma de S/. 422,798.47, la misma que corresponde a la diferencia de los mayores trabajos ejecutados por el demandante, menos el monto del adicional N° 01 aprobado por la parte demandada, este Tribunal Arbitral considera prudente establecer en forma previa el marco conceptual dentro del cual se evaluará la existencia o no de responsabilidad de índole contractual que el CONSORCIO le imputa a LA MPM, lo que trae como consecuencia que se reconozca el sobrecosto indemnizable reclamado.

El Artículo 1321⁵ del Código Civil impone responsabilidad a quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, obligándolo al resarcimiento del daño en cuanto éste sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. De esta forma la ley exige como elemento de esta acción el nexo de causalidad que vincula la obligación no ejecutada con el daño que ésta inejecución haya producido. Así, el referido artículo establece queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

En línea con este precepto legal, se tiene que nuestro derecho sustantivo exige además que la acción indemnizatoria se ejerce bajo la exigencia de probar el dolo o la culpa inexcusable con

⁵ «Artículo 1321º del Código Civil.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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

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

la que la Municipalidad Provincial de Maynas habría actuado en la inejecución de su obligación, debiéndose probar a renglón seguido los daños y perjuicios causados así como la cuantía de los daños, conforme prevén los Artículos 1330^o y 1331^o del vigente Código Civil peruano.

•21

En tal escenario, de lo anteriormente dicho, fluye de manera inconclusa que es requisito para el resarcimiento por daños y perjuicios de origen contractual, el que haya un nexo causal entre la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso y el daño alegado. Lo que significa entonces que en el caso materia de autos, el CONSORCIO LORETO se obliga a probar cuál es la obligación que no habría cumplido la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, o la ha cumplido en forma total o parcial, tardía o defectuosamente y, asimismo, deberá probar que éste fue el hecho generador del daño alegado, tanto como el quantum indemnizatorio materia de pronunciamiento.

En ese sentido, para los efectos de evaluar lo anterior, del caso de autos se advierten los siguientes elementos: i) El hecho generador del daño que alega el Demandante haber sufrido por parte de la Demandada; ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado la MPM; iii) Los daños y perjuicios sufridos por CONSORCIO LORETO; y, iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por el CONSORCIO, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante o daño moral). En ese sentido, corresponde evaluar uno a uno cada uno de estos elementos:

- i) El hecho generador del daño que alega EL CONSORCIO haber sufrido por parte de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Desarrollo:

- En la demanda EL CONSORCIO establece que el hecho generador del daño estaría identificado en que recién en la etapa de ejecución contractual ha podido determinar que en los metrados de las estructuras del alcantarillado no se habían considerado los metrados de las partidas de mortero y acero estructural, lo que se verificó al momento de solicitar la modificación del proyecto, existiendo un vicio oculto grave que ha afectado a su representada en S/. 422,798.47.
- Agregan que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS de manera arbitraria les ordenó la ejecución de las partidas no contempladas en el expediente técnico desfinanciándose completamente al no retribuirlos por los trabajos ejecutados, contraviniendo el Artículo 1362⁶ del Código Civil, así como el precepto constitucional de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución⁷. La Entidad demandada en este extremo centra su absolución, conforme aparece a fojas 399 de autos, en que una prestación adicional de obra debe aprobarse de manera previa a su ejecución, por lo que no sería procedente pagar, en calidad de prestación adicional, los trabajos adicionales que se encuentren fuera del alcance del contrato original que no hubiesen contado con la autorización previa del Titular de la Entidad para su ejecución. Agregando que el sobrecosto que se alude en esta pretensión subordinada a la primera pretensión principal debe ser asumido del monto de la utilidad del expediente técnico multiplicado por su factor de relación, citándose a renglón lo previsto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC, obviando el hecho que la pretensión corresponde a un sobrecosto a título de indemnización por defectos o vicios ocultos en el Expediente Técnico.

⁶ Artículo 1362^o del Código Civil.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁷ El Artículo 23^o, cuarto párrafo de la Constitución Política del Estado prevé que: «Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.»

- En vista que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS no ha negado los defectos o vicios ocultos en el Expediente Técnico, para este Tribunal Arbitral el primer presupuesto estaría configurado.
- ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Desarrollo:

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve), es el que se le imputa a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, es preciso recordar que los Artículos 1318⁸ al 1320⁸ del Código Civil definen los indicados conceptos.
- Luego de ello es preciso dar una detenida revisión a los Términos de Referencia, Capítulo III Requerimientos Técnicos Mínimos, de la Licitación Pública N° 002-2015-CE-GOI-MPM, que en su Numeral 3, denominado Descripción del Proyecto, describe claramente lo siguiente:

«Pavimento Rígido, Veredas Peatonales, Obras de Jardinería, Redes de Agua Potable y Alcantarillado Sistema Separativo (Drenaje Pluvial y para aguas servidas).

El proyecto comprende el mejoramiento de 875,68 metros Lineales de Pavimento Rígido de mortero simple $f'c=210$ Kg/cm²., con acero $f'y= 4,200$ kg/cm² de espesor $e=0.20$ m. y un ancho de $a=8,75$ m, la cual estará asentados sobre los rellenos con material de préstamo a compactar.

Asimismo contempla 178 conexiones domiciliarias de agua potable de $\frac{1}{2}$, con su caja de mortero respectiva incluida tapa; la cual se conectará a la red principal de agua potable de PVC UF 90 mm.

Además de 178 conexiones domiciliarias de desagüe a lo largo de la vía, con sus cajas de registros 0.30 x 0.60 con de mortero incluido tapa, además de 44 sumideros para el drenaje pluvial de desagüe a lo largo de la vía.

Por otro lado se ha previsto la construcción de vereda peatonal a ambos lados de la calle de tal forma para mejorar la circulación peatonal de dicho proyecto, se considera un ancho de 1.50 mt y longitud de 1751,36 metros lineales con mortero de $f'c$ de 140 kg/cm² con un espesor de 10 cm.

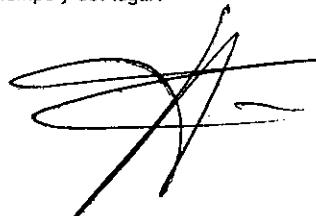
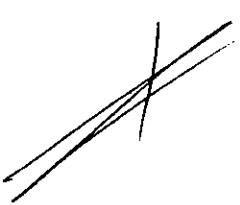
Asimismo se ha considerado las partidas de jardinería a ambos lados de la calle embelleciendo y mejorando el medio ambiente de esta calle, se considera un ancho de 2.00 mt y longitud de 875.68. Además se plantará 600 plantas ornamentales y un sembrado de grama natural con un área total de 3502.72 m².»

- Como se puede advertir la glosa formulada para esta pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal, es que recién en la etapa de ejecución contractual se ha podido determinar que en los metrados de las estructuras del alcantarillado no se habían considerado los metrados de las partidas de mortero y acero estructural, lo que se verificó al momento de solicitar la modificación del proyecto.
- Para el Tribunal Arbitral la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS no ha logrado desvirtuar de una manera concreta el sustento de la pretensión que es, básicamente el sobrecosto indemnizatorio por defectos o vicios ocultos del Expediente Técnico; antes bien, lo que ha pretendido es fijar posición en cuanto a que siendo la modalidad de contratación a suma alzada, el CONSORCIO debe

⁸ «Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

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

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



asumir por sí mismo dicho sobrecosto, toda vez que para ello están las utilidades que arroja el expediente técnico. Este Colegiado no comparte en modo y manera alguna este razonamiento toda vez que ello implica soslayar su responsabilidad en la génesis del sobrecosto reclamado.

- En tal escenario, este segundo presupuesto también se encuentra acreditado en el caso reclamado por EL CONSORCIO LORETO, bajo la modalidad de culpa leve.

iii) La existencia de los daños y perjuicios que afirma padecer el CONSORCIO LORETO:

Desarrollo:

- En lo que toca a este tercer presupuesto, lo actuado a lo largo del presente proceso arbitral revela que el sobrecosto reclamado por el CONSORCIO corresponde a la ejecución de partidas no contempladas en el expediente técnico, lo que los llevó al estado de desfinanciamiento por no ser retribuidos por los trabajos ejecutados. Vale decir que el sustento de esta pretensión en cuanto a los defectos o vicios ocultos no han podido ser rebatidos por el hecho mismo de haberse ejecutado los trabajos, alegándose luego que ello corresponde a la modalidad contractual y -en todo caso- a las utilidades que deben decantarse en cubrir dichos defectos o vicios ocultos, lo cual resulta una clara demostración de la existencia de los daños y perjuicios padecidos por el citado CONSORCIO.
- De ser así se evidencia el Daño Emergente toda vez que el bien económico (dinero, cosas, servicios) salió de la esfera de dominio del afectado, en este caso EL CONSORCIO, que ha cuantificado el indicado daño de manera concreta.
- Siendo así, el Tribunal Arbitral considera que está acreditada la existencia de los daños y perjuicios demandados por el CONSORCIO, bajo la calidad de daño emergente.

iv) Nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños.

Desarrollo:

- Por último, respecto a este cuarto y último presupuesto, debemos en primer término señalar que este nexo causal sí existe, en la medida que hay sin ninguna duda una vinculación de causa y efecto entre el hecho generador (la ejecución de partidas no contempladas en el expediente técnico), así como el daño sufrido (sobrecosto, traducido en desfinanciamiento) que es reclamado por el CONSORCIO.

Siendo así, respecto a este Tercer Punto Controvertido (que se relaciona con la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal del escrito de demanda), el Tribunal en minoría considera que debe declararse FUNDADA la pretensión en el extremo referido al sobrecosto reclamado, ordenándose que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS cumpla con pagar a título de indemnización a favor del CONSORCIO LORETO la suma de S/. 422,798.47 (CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO CON 47/100 SOLES).

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.4 (SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 151, así como los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico de S/. 46,132.28, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución de la obra.

VIGÉSIMO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

•24

El CONSORCIO LORETO señala que mediante Asiento N°151 del Cuaderno de Obra, del 10 de febrero del 2016, su representada solicitó absolver la siguiente consulta: "Se pone en conocimiento de la supervisión de obra que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estaba previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto; por lo que debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra."

Asimismo, la excavación de los Pasajes Central e Iquitos, para la losa de rodadura se tendrá que ejecutar manualmente, ya que la maquinaria no puede ingresar porque los pasajes son demasiado angostos y también porque existen demasiadas tuberías de agua potable y desagüe que se destruiría; por consiguiente esta nueva partida de excavación manual tiene que ser considerada como un adicional de obra, por lo cual se reitera que la Entidad defina a quien corresponde la elaboración respectiva, el deductivo vinculado sería la excavación con maquinaria de estos pasajes.

Que, mediante Asiento N° 152 del Cuaderno de Obra e Informe N° 006-2016-WRMC/JS la supervisión sin tener facultades para pronunciarse sobre las modificaciones planteadas su representada en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra se pronunció sobre las consultas, indicando que no procede la ejecución de adicionales de obra ni deductivos.

Que, el Proyectista mediante Carta N° 006-2016-JPCL no dio respuesta a la consulta planteada por su representada y solo indicó que la Entidad deberá tomar en cuenta lo recomendado por la Supervisión en su Informe N° 006-2016-WRMS/JS.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por su representada en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra y solo indicó que se debe cumplir con las recomendaciones señaladas en el Informe N° 006-2016-WRMC del Supervisor de Obra; es decir cumplir con recomendaciones que no tienen validez legal; porque el Supervisor no tiene facultad para aprobar y/o desaprobar modificaciones al proyecto que generen adicional y/o deductivos de obra.

Que, el CONSORCIO LORETO se vio obligado a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en su Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra; por lo que invocan se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al expediente técnico planteadas en el referido asiento, los que generarán la aprobación del Adicional de Obra N° 03 por el monto de S/. 46,132.28 y el Deductivo Vinculante N° 03 por el monto de S/. 12,342.83; que también solicitan su aprobación por parte de la Entidad demandada. Empero, debe tenerse presente que la pretensión al momento de la formulación de los puntos controvertidos sobre los que se iba a centrar todo el debate y la actuación de medios probatorios, definió el enunciado que encabeza este pedido, que es el que finalmente se pasa a analizar.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

La Demandada señala que mediante anotación en el Cuaderno de Obra, en el Asiento N° 151, del Residente de Obra de fecha 10 de febrero del 2016, se señala: "se pone en conocimiento de la Supervisión de Obra que en el Pasaje Central con las intersecciones de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estuvo previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto por el cual debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra."

Continúa la Demandada señalando que a través de las anotaciones en el Cuaderno de Obra, en las cuales se demuestra que el residente se encontró con imprevistos en la ejecución de la obra de los cuales quiso sacar provecho e insinuar que la ejecución de los trabajos son presuntas prestaciones adicionales de obra, los cuales no deben ser considerados como tal por los siguientes motivos:

- En el caso de la presencia de una alcantarilla de pase en la intersección de la calle Central y el Pasaje Central se indica que este es un imprevisto en la ejecución de la obra y la demolición del canal no fue indispensable para el cumplimiento de la finalidad del contrato, además el contratista solo realizó la demolición de la losa techo del canal para poder realizar los trabajos de relleno y compactado con material de préstamo, por tanto la demolición de esta losa techo es considerada como un procedimiento constructivo y que a su vez debe ser asumida por el Contratista. Asimismo se indica que como bajo el sistema de contratación a suma alzada donde el contratista está obligado a realizar la totalidad del contrato dentro del monto ofertado. Por tanto este imprevisto no es considerado como un Adicional de Obra.
- Con respecto a los trabajos de excavación con maquinaria para la losa de rodadura en los Pasajes Central e Iquitos, indicamos que este imprevisto no puede ser considerado como Adicional de Obra dado que al momento de realizar los trabajos de trazo, o al mismo momento de realizar los trabajos de drenaje pluvial en esta zona, el Contratista a través de su residente evidenció la dificultad que tenía para poder ejecutar los trabajos en los mencionados pasajes; debiendo este al momento o en el instante de constatar las dificultades haber tomado acciones al respecto dado que es un proceso constructivo, es decir, debió haber reprogramado sus actividades con respecto a la dificultad presentada para así evitar posteriores perjuicios a su representada. Por tanto este imprevisto no debe ser considerado como un adicional de obra dado que las circunstancias ameritan que es un procedimiento constructivo y el contratista debe tomar las medidas respectivas para poder ejecutar la obra dentro del plazo previsto y el monto ofertado.

Agregan que en cumplimiento de la Ley de Contrataciones se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además se indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este haya sido ejecutado por el contratista; además, con respecto a la solicitud de adicional de obra indicado en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con las tomas fotográficas adjuntas a la Carta N° 021-2016 del Consorcio Loreto, se evidencia que este ha venido ejecutando ya los trabajos de obra, por tanto no procede una adicional de obra. (Informe adjunto en Anexo 03).

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Decisión del Tribunal en minoría.

En la apreciación del Tribunal en minoría, en cuanto a la primera parte del punto controvertido, esto es, determinar si corresponde ordenar o no que la Entidad Contratante proceda a la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento 151, se tiene que el 10 de febrero del 2016, el Residente de Obra hizo la siguiente anotación: «Se pone de conocimiento de la supervisión de obra que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estaba previsto en el Proyecto original (Énfasis agregado), el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto por lo cual debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra.

Así mismo la excavación de los Pasajes Central y (sic) Iquitos, para la losa de rodadura se tendrá que ejecutar manualmente, ya que la maquinaria no puede ingresar porque los pasajes son demasiado angostos y también porque existen demasiadas tuberías de agua potable y desagüe que se destruiría, por consiguiente esta nueva partida de excavación manual tiene que ser considerada como un adicional de obra, para lo cual se reitera que la Entidad defina a quien corresponde la elaboración respectiva.

26

El deductivo de obra vinculante sería la excavación con maquinaria de estos pasajes..»
Firmado por el Ing° Civil Oscar Martín Córdova Rojas, Residente de Obra.

Por Asiento N° 152, de la misma fecha 10 de febrero del 2016, del Supervisor se tiene la siguiente glosa: «*Con referencia a lo descrito por la Contratista en el asiento anterior (151) de la misma fecha, esta Supervisión pone en manifiesto que la Contratista viendo que se trata de un canal existente, esta se encuentra dentro del proceso constructivo de (ilegible) por lo que deberá demolerlo; con referencia a la previa consulta sobre la excavación manual, la contratista deberá centrar con lo que estipula el expediente técnico.*»

La definición de adicional de obra está dada en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y en la Directiva N° 002-2010-CG/OEA “Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, aprobada por Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG. Así se tiene que el Presupuesto Adicional de Obra es el mayor costo originado por la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de licitación o en el contrato respectivo, y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato; tal definición es mejorada por la Contraloría General cuando textualmente señala: «prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal..»

En esa misma Directiva se establece que los presupuestos adicionales de obra deberán formularse independientemente de los presupuestos deductivos y presupuestos deductivos vinculados que apruebe la entidad para la misma ejecución de obra. Así en cuanto a la formulación del presupuesto de la prestación adicional de obra para contratos de obra bajo el sistema a suma alzada se tiene que los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Las causales de procedencia de prestaciones adicionales de obra, para la Contraloría General de la República, están dadas en los siguientes dos casos: a) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato; y, b) Deficiencias en el expediente de la obra.

Como corresponde en estos casos, tratándose de un pedido de adicional de obra basado en la modificación del proyecto original, se obtuvo de parte del proyectista, la Carta N° 006-2016-JPCL, en la cual se revela que no se dio respuesta a la consulta planteada por el Consorcio Loreto, indicándose que la Entidad deberá tomar en cuenta lo recomendado por la Supervisión en su Informe N° 006-2016-WRMS/JS. Debiéndose asumir que la prestación adicional corresponde a una deficiencia en el expediente de la obra, por lo que resulta procedente estimar la pretensión.

A mayor abundamiento, fluye de autos que la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por el CONSORCIO LORETO en su Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra y solo indicó que se debe cumplir con las recomendaciones señaladas en el Informe N° 006-2016-WRMC del Supervisor de Obra; es decir, permitió que las recomendaciones emanadas del Informe del Supervisor, sin asidero legal, sean tomadas en cuenta, cuando es sabido que el supervisor de obra no tiene facultad para aprobar y/o desaprobar modificaciones al proyecto que generen adicionales y/o deductivos de obra⁹. No apareciendo

⁹ Artículo 193º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.- Funciones del Inspector o Supervisor. La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro

anotación alguna por parte del Supervisor de Obra en el sentido de que se hace necesario la opinión del proyectista, toda vez que el Asiento N° 151 fue muy claro al establecer: «*Se pone en conocimiento de la supervisión de obra que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estaba previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto; por lo que debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra.*» Lo encontrado por el CONSORCIO LORETO no ha sido puesto en su conocimiento ni a la hora de la entrega de las Bases del proceso de selección, ni al inicio del contrato, lo que constituye sin duda una inconsistencia.

En tal sentido, el Consorcio se vio obligado a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en el Asiento N° 151 del Cuaderno de Obra; por lo que resulta procedente disponer que la Entidad Contratante apruebe las modificaciones al expediente técnico planteadas en el mencionado Asiento.

De otro lado, en la segunda parte de esta pretensión se solicita ordenar a la Entidad pague los sobrecostos indemnizables por defectos o vicios ocultos del expediente técnico en S/. 46,132.28, cuyos alcances se han podido determinar recién durante la ejecución de la obra. Respecto a este pedido, el Tribunal en minoría trae a colación lo previsto por el Artículo 1321º del Código Civil en cuanto prevé «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. // El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. // Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída.»

En ese sentido, para los efectos de evaluar lo anterior, del caso de autos se advierten los siguientes elementos: i) El hecho generador del daño que alega el Demandante haber sufrido por parte de la Demandada; ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado la MPM; iii) Los daños y perjuicios sufridos por CONSORCIO LORETO; y, iv) Si existió un nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido por el CONSORCIO, así como la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios acreditados (daño emergente, lucro cesante o daño moral). En ese sentido, corresponde evaluar uno a uno cada uno de estos elementos:

- i) El hecho generador del daño que alega EL CONSORCIO haber sufrido por parte de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Desarrollo:

- En la demanda EL CONSORCIO establece que el Asiento N° 151 fue muy claro al establecer: «*Se pone en conocimiento de la supervisión de obra que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estaba previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto; por lo que debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición, por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra.*»

de cualquier subcontractista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de material o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrechamente relacionadas con ésta.

- La MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS en el caso de la presencia de una alcantarilla de pase en la intersección de la calle Central y el Pasaje Central se indica que este es un imprevisto en la ejecución de la obra y la demolición del canal no fue indispensable para el cumplimiento de la finalidad del contrato, además el contratista solo realizó la demolición de la losa techo del canal para poder realizar los trabajos de relleno y compactado con material de préstamo, por tanto la demolición de esta losa techo es considerada como un procedimiento constructivo y que a su vez debe ser asumida por el Contratista. Asimismo se indica que como bajo el sistema de contratación a suma alzada donde el contratista está obligado a realizar la totalidad del contrato dentro del monto ofertado. Por tanto este imprevisto no es considerado como un Adicional de Obra.
- Con respecto a los trabajos de excavación con maquinaria para la losa de rodadura en los Pasajes Central e Iquitos, indicamos que este imprevisto no puede ser considerado como Adicional de Obra dado que al momento de realizar los trabajos de trazo, o al mismo momento de realizar los trabajos de drenaje pluvial en esta zona, el Contratista a través de su residente evidenció la dificultad que tenía para poder ejecutar los trabajos en los mencionados pasajes; debiendo este al momento o en el instante de constatar las dificultades haber tomado acciones al respecto dado que es un proceso constructivo, es decir, debió haber reprogramado sus actividades con respecto a la dificultad presentada para así evitar posteriores perjuicios a su representada. Por tanto este imprevisto no debe ser considerado como un adicional de obra dado que las circunstancias ameritan que es un procedimiento constructivo y el contratista debe tomar las medidas respectivas para poder ejecutar la obra dentro del plazo previsto y el monto ofertado.
- En vista que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS no ha dado participación al proyectista sobre esta ocurrencia, debe estarse a la existencia de defectos o vicios ocultos en el Expediente Técnico, por lo que para este Tribunal Arbitral el primer presupuesto estaría configurado.

ii) El dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve con la que habría actuado la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Desarrollo:

- Antes de indicar cuál de los supuestos indicados (dolo, la culpa inexcusable o la culpa leve), es el que se le imputa a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, es preciso recordar que los Artículos 1318° al 1320°¹⁰ del Código Civil definen los indicados conceptos.
- Luego de ello es preciso dar una detenida revisión a los Términos de Referencia, Capítulo III Requerimientos Técnicos Mínimos, de la Licitación Pública N° 002-2015-CE-GOI-MPM, que en su Numeral 3, denominado Descripción del Proyecto, describe claramente lo siguiente:

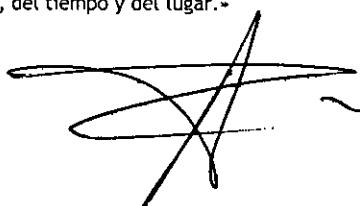
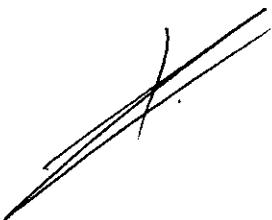
«Pavimento Rígido, Veredas Peatonales, Obras de Jardinería, Redes de Agua Potable y Alcantarillado Sistema Separativo (Drenaje Pluvial y para aguas servidas).

El proyecto comprende el mejoramiento de 875,68 metros Lineales de Pavimento Rígido de mortero simple $f'c=210 \text{ Kg/cm}^2$, con acero $f'y= 4,200 \text{ kg/cm}^2$ de espesor $e=0.20 \text{ m}$. y un ancho de $a=8,75 \text{ m}$, la cual estará asentados sobre los rellenos con material de préstamo a compactar.

¹⁰ «Artículo 1318°.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

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

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



Asimismo contempla 178 conexiones domiciliarias de agua potable de $\frac{1}{2}$, con su caja de mortero respectiva incluida tapa; la cual se conectará a la red principal de agua potable de PVC UF 90 mm.

Además de 178 conexiones domiciliarias de desagüe a lo largo de la vía, con sus cajas de registros 0.30 x 0.60 con de mortero incluido tapa, además de 44 sumideros para el drenaje pluvial de desagüe a lo largo de la vía.

Por otro lado se ha previsto la construcción de vereda peatonal a ambos lados de la calle de tal forma para mejorar la circulación peatonal de dicho proyecto, se considera un ancho de 1.50 mt y longitud de 1751,36 metros lineales con mortero de f'c de 140 kg/cm² con un espesor de 10 cm.

Asimismo se ha considerado las partidas de jardinería a ambos lados de la calle embelleciendo y mejorando el medio ambiente de esta calle, se considera un ancho de 2.00 mt y longitud de 875.68. Además se plantará 600 plantas ornamentales y un sembrado de grama natural con un área total de 3502.72 m².»

- Como se puede advertir, es recién en la etapa de ejecución contractual que se ha podido determinar la existencia de trabajos de demolición, con las implicancias que se han detallado líneas arriba.
- Para el Tribunal Arbitral la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS no ha logrado desvirtuar de una manera concreta el sustento de la pretensión que es, básicamente la existencia de defectos o vicios ocultos en el expediente técnico, cuyos alcances se han percibido recién durante la ejecución de la obra.
- En tal escenario, este segundo presupuesto también se encuentra acreditado en el caso reclamado por EL CONSORCIO LORETO, bajo la modalidad de culpa leve.

iii) La existencia de los daños y perjuicios que afirma padecer el CONSORCIO LORETO:

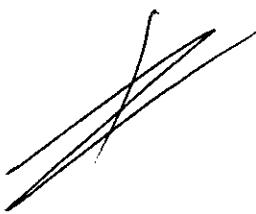
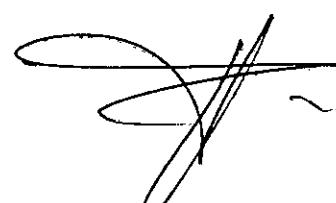
Desarrollo:

- En lo que toca a este tercer presupuesto, lo actuado a lo largo del presente proceso arbitral revela que el sobrecosto reclamado por el CONSORCIO corresponde a la ejecución de partidas no contempladas en el expediente técnico. Vale decir que el sustento de esta pretensión en cuanto a los defectos o vicios ocultos no han podido ser rebatidos por el hecho mismo de haberse ejecutado los trabajos, alegándose luego que ello corresponde a la modalidad contractual.
- De ser así se evidencia el Daño Emergente toda vez que el bien económico (dinero, cosas, servicios) salió de la esfera de dominio del afectado, en este caso El CONSORCIO, que ha cuantificado el indicado daño de manera concreto.
- Siendo así, el Tribunal Arbitral considera que está acreditada la existencia de los daños y perjuicios demandados por el CONSORCIO, bajo la calidad de daño emergente.

iv) Nexo causal entre el hecho generador y el daño sufrido, así como la determinación de la cuantía de los daños.

Desarrollo:

- Por último, respecto a este cuarto y último presupuesto, debemos en primer término señalar que este nexo causal sí existe, en la medida que hay sin ninguna duda una vinculación de causa y efecto entre el hecho generador (la comunicación a la supervisión de la obra *que en el Pasaje Central con la intersección de la Calle Central se ha encontrado un canal existente que no estaba previsto en el proyecto original, el cual tiene que ser demolido, lo cual es un vicio oculto; por lo que debe ser un adicional de obra, que debe ser aprobado por la Entidad para proceder a su ejecución de la demolición,*

por consiguiente la Entidad tiene que definir a quien corresponde la elaboración de este adicional de obra), así como el daño sufrido (sobre costo) que es reclamado por el CONSORCIO.

Siendo así, respecto a este Cuarto Punto Controvertido (que se relaciona con la Segunda Pretensión Principal del escrito de demanda), el Tribunal en minoría considera que debe declararse FUNDADA la pretensión en el extremo referido al sobre costo indemnizable, ordenándose que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS cumpla con pagar a título de indemnización a favor del CONSORCIO LORETO la suma de S/. 46,132.28 (CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO TREINTA Y DOS CON 28/100 SOLES).

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.5 (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53.

VIGÉSIMO TERCERO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, mediante Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, del 23 de enero del 2016, su representada solicitó absolver la siguiente consulta: "se consulta a la supervisión de obra como solucionar el problema que se ha presentado en el Psje. Iquitos, puesto que en la excavación de la canaleta pluvial se ha encontrado dos buzones que están ubicados en la caja de la canaleta, obstaculizando la trayectoria de la canaleta pluvial, se solicita derivar esta consulta al proyectista para su opinión (...)".

Que, mediante Asiento N° 118 del Cuaderno de Obra e Informe N° 004-2016-WRMC/JS la supervisión sin tener facultades para pronunciarse sobre las modificaciones planteadas por su representada en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, se pronunció sobre las consultas, indicando que no procede la ejecución de adicionales de obra ni deductivos.

Que, mediante Carta N° 0018-2016, notificada el 17 de febrero del 2016, se comunicó a la Entidad que, con respecto a las anotaciones en los Asientos N° 117 de fecha 23.01.2016 y Asiento N° 118 de fecha 23.01.2016 del residente y del supervisor respectivamente, se pone en conocimiento de la supervisión que el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los 2 buzones que obstaculizan el flujo en el Psje. Iquitos, es una modificación al proyecto original, por lo tanto se solicita que el proyectista nos entregue los planos modificados y que la Entidad Contratante defina quien será el responsable de la elaboración del Expediente Técnico del Adicional de Obra N° 02 y Deductivo Vinculante N° 02.

Que, el proyectista mediante Carta N° 004-2016-JPCL no dio respuesta a la consulta planteada por su representada y solo indicó que la Entidad deberá tomar en cuenta lo recomendado por la Supervisión en su Informe N° 004-2016-WRMS/JS.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por su representada en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra y solo indicó que se debe cumplir con las recomendaciones señaladas en el Informe N° 004-2016-WRMC del Supervisor de Obra; es decir cumplir con recomendaciones que no tienen validez legal; porque el supervisor no tiene facultad para aprobar y/o desaprobar modificaciones al proyecto que generen adicionales y/o deductivos de obra.

Que, su empresa se vio obligada a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en su Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra; por lo que invocan se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al expediente técnico planteadas en el referido asiento, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53 y Deductivo Vinculante N° 02 por el monto de S/. 3,556.28; que también solicitan su aprobación por parte de la demandada.

VIGÉSIMO CUARTO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS..

Mediante anotación realizada en el cuaderno de obra en el Asiento N° 117, anotación que fue realizada por el residente de obra de fecha 23 de enero del 2016 este indica: se consulta a la supervisión de obra como solucionar el problema que se ha presentado en el Psje. Iquitos, puesto que en la excavación de la canaleta fluvial se han encontrado dos buzones que están ubicados en la caja de la caja de la canaleta obstaculizando la trayectoria de la canaleta pluvial; en el siguiente asiendo del cuaderno de obra (Asiento N° 118) el supervisor de la obra indica que con respecto a la consulta formulada por la contratista, se ha evidenciado que efectivamente existen 2 buzones obstaculizando la canaleta pluvial en el Psje. Iquitos, por lo que opina deberá pasar dicha canaleta en ángulo de 45° al buzón, bajando por debajo del buzón siendo esta canaleta parte del pavimento.

Señalan que la absolución no es considerada como adicional de obra ya que es un imprevisto en la ejecución de la misma y debe ser asumida por el contratista debido al sistema de contratación por la cual fue contratada la ejecución de la obra, dado que está obligado a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica.

Tras la absolución de la consulta formulada en el Asiento N° 117, el Residente de la Obra en el Asiento N° 139 de fecha 04 de febrero del 2016 indica... se pone de conocimiento de la supervisión que el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los dos buzones que obstaculizan el flujo en el Psje. Iquitos, es una modificación al proyecto, por lo tanto se solicita que el proyectista nos entregue los planos modificados y que la Entidad contratante defina quien será el responsable de la elaboración del expediente técnico adicional N° 02.

La solución que plantea el Supervisor de la Obra es una modificación al proyecto (con respecto al cambio del trazo de la canaleta de evacuación de aguas pluviales), esta modificación no puede ser considerada como un adicional de obra, debido a que la modificación en el trazo de la canaleta no es una modificación trascendental que pueda afectar económicamente la ejecución de la obra, además dicha modificación solo generaría un mayor metrado y en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no proceden los adicionales de obra por mayores metrados, en cuanto a la modificación de los planos, el contratista debió haber realizado la modificación respectiva posterior a realizar el replanteo de la obra en su totalidad.

No es facultad del supervisor de obra realizar modificaciones al proyecto original y que toda modificación al proyecto debe ser autorizado por la Entidad, el Supervisor remitió la consulta al proyectista según lo indica la anotación N° 140 del supervisor de obra, anotación que fue realizada con fecha 04 de febrero del 2016 donde el supervisor indica... dado que se refiere a una modificatoria del expediente técnico original, modificándose el contrato original, por lo que la entidad deberá notificar y/o autorizar la elaboración.

Por tanto, este imprevisto suscitado en obra es considerado como un imprevisto en la ejecución de la obra y la absolución de la consulta ocasiona una modificación al proyecto pero no de su carácter sustancial y esta a su vez genera un mayor metrado con respecto a su ejecución, así mismo esta modificación no afectara económicamente la ejecución de la obra, además cabe recalcar que en obras bajo el sistema de contratación a suma alzada no proceden los adicionales de obra por mayores metrados, en cuanto a la modificación de los planos, el contratista debió haber realizado la modificación respectiva posterior a realizar el replanteo de la obra en su totalidad. En consecuencia esta modificación al proyecto no debe ser considerada como adicional de obra dado que el contratista debe asumir la ejecución de estos trabajos dado que él se obligó al momento de presentar su propuesta, a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios para la ejecución de las prestaciones requeridas por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica.

Ante esto se indica que para que proceda un adicional de obra, se deben realizar modificaciones a los planos del proyecto original, además indica que no procede la aprobación de adicionales de obra cuando este ya haya sido ejecutado por el contratista y de acuerdo con lo indicado en el Informe N° 004-2016-WRMC/JS, de fecha 17 de febrero del 2016, este indica que con respecto a estos trabajos el contratista ha venido ejecutando estos

32

trabajos en el mes de enero y este en la actualidad se encuentra con un avance físico del 80.00% faltando solo la losa techo del canal mencionado (informe adjunto en anexos 03).

VIGÉSIMO QUINTO.- Decisión del Tribunal en minoría.

El Asiento N° 117 del Residente, su fecha 23 de enero del 2016, tiene la siguiente glosa: «Se consulta a la supervisión de obra como solucionar el problema que se ha presentado en el Psje. Iquitos, puesto que en la excavación de la canaleta pluvial se ha encontrado dos buzones que están ubicados en la caja de la canaleta obstaculizando la trayectoria de la canaleta pluvial, se solicita derivar esta consulta al proyectista para su opinión.

Se continua con la ejecución de obra con las sgtes. Partidas:

- Vaciado de solado con mortero (ilegible) para losa de rodadura entre progresivas 0+105 - 0+147 en Calle Manuel Seoane.
- Cama de arena con material de préstamo A-3 para canaleta pluvial entre progresivas 0+082.40 - 0+100.40 Psje. Iquitos.
- Vaciado de solado para canaleta pluvial entre progresivas 0+082.40 - 0+100.40 en Psje. Iquitos.

Se solicita la verificación y aprobación de estas partidas..»

A renglón seguido, mediante el Asiento N° 118 del Supervisor, su fecha 23 de enero del 2016, se deja la siguiente anotación: «Con lo que respecta a la consulta formulada por la contratista, se ha evidenciado que efectivamente existe 02 buzones obstaculizando la canaleta pluvial en el Psje. Iquitos, por lo que esta supervisión opina que deberá pasar dicha canaleta en ángulo de 45° al Buzón, bajando 20 cm por debajo del buzón, siendo esta canaleta formar parte del pavimento..»

Del Cuaderno de Obra, se tiene el Asiento N° 139, del Residente, su fecha 04 de febrero del 2016, que establece: «Con respecto a las anotaciones en los Asientos N° 117 y Asiento N° 118 de fecha 23/01/2016 del Residente y Supervisor, respectivamente, se pone de conocimiento de la supervisión que el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los dos buzones que obstaculizan el flujo en el Psje. Iquitos, es una modificación al proyecto original, por lo tanto, se solicita que el proyectista nos entregue los planos modificados y que la Entidad contratante defina quien será el responsable de la elaboración del Expediente Técnico del Adicional de Obra N° 02 y Deductivo de Obra vinculante N° 02, que se ha generado debido a estas modificaciones al proyecto original..»

El Asiento N° 140 del Supervisor, del 04 de febrero del 2016, precisa: «De lo escrito por la contratista mediante su Residente de Obra esta Supervisión comunicará a la Entidad de la necesidad de elaborar un Adicional de Obra, dado que se refiere a una modificatoria del Expediente Técnico original, modificando el contrato, por lo que la Entidad deberá notificar y/o autorizar quien elaborará dicho adicional, teniendo en cuenta lo descrito en el Art. 207 del RLCE.» Para el Tribunal en minoría fluye de este Asiento N° 140, del Supervisor, el reconocimiento de la existencia de causal de modificación del Expediente Técnico Original, sin marcar distancia respecto a si el cambio de dirección de la canaleta pluvial en los dos buzones que obstaculizan el flujo en el Pasaje Iquitos, amerita la intervención del proyectista de la obra, quien ha sido el que elaboró los planes inicialmente entregados son solamente al Contratista sino a los postores del proceso de selección que dio lugar a la contratación de obra. Es decir, considera el Tribunal en minoría que si los planos inicialmente entregados al Contratista sufren una variación, ésta no puede resistir la condición de variación sustancial, en vista que se trata de hallazgos propios del proceso constructivo que alteran la ejecución de la obra, le dan lugar al concesorio de Presupuesto Adicional de Obra.

A este razonamiento se suma la actuación de la topografía en la zona de la obra, en cuanto a que los buzones no han tenido la condición de subterráneos, ni mucho menos, sino que por su utilidad han estado expuestos, a la vista, por lo que debieron ser considerados en el

•33

mentionado plano, previo al replanteo establecido por Ley. En ese sentido debe estimarse el punto controvertido, disponiendo que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico Planteadas por el Consorcio Loreto en el Asiento N° 117 del Cuaderno de Obra, lo que va a generar el Adicional de Obra N° 02 por el monto de S/. 7,252.53.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.6

Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad contratante apruebe las modificaciones al Expediente Técnico planteadas por el Demandante en el Asiento N° 047 y 113 del Cuaderno de Obra, los que generaran la aprobación del Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,545.00.

VIGÉSIMO SEXTO.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que mediante Asiento N° 047 del 18 de diciembre del 2016, su representada solicito a la supervisión absolver la siguiente Consulta: "Se pone en conocimiento de la supervisión de obra, que en el plano de nivelación de buzones, Código PNB, lamina 06-07 del Expediente técnico, solo indica el encimado de cinco (05) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales, que no están considerados su encimado o colocado a nivel de pavimento proyectado y este incluye techo de buzón y tapas respectivas. Se aclara que en el plano de nivelación de buzones Código PNB 06-07, la ubicación de los buzones varia en el terreno ínsito, se solicita corregir la ubicación real de los buzones y entregarnos un plano correcto; por tanto, se presentara el Adicional de Obra y Deductivo Vinculado, conjuntamente con las partidas adicionales originadas por la modificación de la ubicación de las canaletas en el Pasaje Central, Tramo 5^a y 5B, Pasaje 6 de Mayo, Tramo 7^a y 7B, Pasaje Seoane y Pasaje Iquitos. Asimismo mediante Asiento N° 047 de cuaderno de Obra."

Que, mediante Carta N° 0014-2016 modificado el 28 de enero de 2016 se comunicó a la Entidad que, nuestra representada requiere la opinión del proyectista a las consultas hechas en el cuaderno de Obra de los Asientos N° 047 de fecha 19/12/2015 y N° 113 de fecha 22/01/2016. Asimismo, que los Asientos realizados por el resistente de Obra, son los hechos evidentes que el supervisor de obra declara improcedente sin estar en sus atribuciones o facultades de decidir su procedencia, puesto que estas consultas tienen que ser derivadas al proyectista de la Obra.

Que, el Jefe de Estudios de la Entidad Contratante con un desconocimiento total del Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado mediante informe N° 058-2016-OEGOI-MPM se pronuncia indicando que, teniendo en cuenta que la Obra se encuentra en ejecución no amerita que la consulta sea absuelta por el Consultor, por lo que corresponde al Supervisor absolver dicha consulta.

Que, la Entidad Contratante tampoco se pronunció sobre la consulta planteada por nuestra representada en el Asiento N° 047 del cuaderno de Obra y solo procedió a trasladar la respuesta de la consulta hecha por el Jefe de Estudios, evidenciando también un desconocimiento total del Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado.

Que, nuestra empresa se vio obligada a ejecutar los trabajos adicionales que generaron las modificaciones al proyecto planteadas en nuestro Asiento N°047 del cuaderno de Obra; por lo que invocamos que se ordene a la Entidad Contratante la aprobación de las modificaciones al Expediente Técnico planteadas al referido Asiento, los que generaran la aprobación Adicional de Obra N° 04 por el monto de S/. 36,454.00; que también solicitamos su aprobación por parte de la Entidad Contratante.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

El contratista a través de su residente de obra realizo la notación en el cuaderno de obra N° 047 de fecha 18 de Diciembre del 2016, donde indica... se pone en conocimiento a la supervisión de la Obra que en plano de nivelación de buzones Código PNB lamina 06-07 del Expediente Técnico, solo indica el encimado de cuatro (04) buzones, pero en realidad existen veinticuatro (24) buzones adicionales.

Ante esta consulta formulada en el cuaderno de Obra, el Supervisor realizo la absolución de la misma en el Asiento N° 048 de fecha 17 de Diciembre del 2017 indicando:... con lo que respecta al nivelado y encimado de los buzones, este deberá asumir íntegramente la contratista, dado que lo suscitado se trata de un proceso constructivo.

El residente mediante Asiento N°113 del Residente de Obra de fecha 22 de Enero del 2016, este indica... respecto al encimado de buzones, construcción de techo de buzones y tapas de buzones, que no están considerados en los planos del Expediente técnico, ni en el presupuesto Contractual. Se solicita a la Entidad contratante definir quién será el responsable de la elaboración del Expediente Técnico del adicional de obra que se ha generado para incluir en el adicional de Obra N° 01.

De acuerdo a lo mencionado por el Contratista a través de su residente de Obra, donde da a entender que la nivelación de los buzones es adicional de Obra, se indica que el presupuesto existe la Partida 13.01 Nivelación de buzones (inc. Demolición de Tapas), donde se indica un Metrado de 5 unidades a demoler. Al momento de realizar el replanteo de la Obra, es contratista se percató de que no son cinco (5) sino de que son veintitrés los buzones encimar (23); ante esto se indica que en las Obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la Entidad solo podía aprobarse y pagarse la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato y estos trabajadores son considerados como **Mayores Metrados** y no requiere modificación a los planos dado que existe plano PP 06 del expediente Técnico denomina planta de pavimento y ahí se verifica que los buzones deben terminar a la altura del pavimento.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Decisión del Tribunal en minoría.

El Tribunal en minoría luego de revisar con detalle los documentos que las partes han presentado de manera libre y voluntaria, advierte que en efecto existe la Partida 13.01 Nivelación de Buzones que incluye la demolición de tapas, por lo que mal se estaría hablando de la existencia de un adicional de obra en razón a este punto, dado que no puede modificarse un expediente técnico de obra que ya contiene la Partida y el Presupuesto que EL CONSORCIO LORETO pretende se le apruebe.

Asimismo, al aparecer dentro del Presupuesto Contractual la antes dicha partida constructiva es obvio que el contrato se ejecutaba de manera íntegra considerando los trabajos que resulten necesarios para el logro del objetivo. Así tenemos que siendo una obra ejecutada bajo la modalidad de suma alzada, no resulta atendible el pedido del CONSORCIO LORETO por lo que se debe desestimar.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.7

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 029-2016-GOI-MPM, donde la Entidad declara improcedente la solicitud de la Contratista de la Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios.

VIGÉSIMA NOVENA.- Posición del CONSORCIO LORETO

En autos corre la Carta N° 025-2016, notificada el 07 de marzo del 2016, por la cual el CONSORCIO LORETO solicitó una ampliación de plazo, la N° 01 por 21 días calendario. La justificación del pedido está dada en razón de Atraso y/o Paralización por causa no atribuible

al Consorcio, respecto a la emisión del Adicional de Obra N° 01 que originó la afectación de la ruta crítica en 21 días calendario en la ejecución de la Partida Constructiva CANALETA DE MORTERO ARMADO.

Al respecto, según el Artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado «De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente: 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado. 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.»

TRIGÉSIMA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

El Tribunal Arbitral advierte que a este punto la MPM no ha absuelto la pretensión, ni en sus fundamentos de hecho ni en lo que respecta a sus alegatos escritos, razón por la cual se ha de resolver con lo que se tiene actuado, dejándose establecido que el presente punto controvertido se ha de resolver en conjunto con todo el caudal probatorio obrante en autos.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- Decisión del Tribunal en minoría.-

Considera el Tribunal que en el presente punto controvertido, no puede admitirse, menos concederse lo pretendido por el CONSORCIO LORETO. Nuestra negativa se centra de manera esencial en que estando vigente el Artículo 201¹¹º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su parte pertinente, se establece con meridiana claridad la improcedencia de ampliaciones de plazo cuando el pedido se realiza fuera -justamente- del plazo de ejecución de obra. En ese sentido, tal y conforme lo hace ver la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, la obra fue culminada y recepcionada el 09 de junio del 2016, razón por la cual debe desestimarse la pretensión de EL CONSORCIO LORETO.

¹¹ Artículo 201º Procedimiento de ampliación de plazo. Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

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

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

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

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.8

Determinar si corresponde o no declarar fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, al declararse nula la Resolución N° 029-2016-GOI-MPM, solicitan al Tribunal Arbitral declare fundada su solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 21 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida CANALETAS DE MORTERO ARMADO.

TRIGÉSIMO TERCERA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.-

Con relación a este pedido considera la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS que al estar sustentada la Resolución N° 029-2016-GOI-MPM en lo previsto por el Artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no existe razón para amparar esta pretensión.

TRIGÉSIMA CUARTA.- Decisión del Tribunal en minoría.-

Habiéndose ya declarado que al emitirse la Resolución N° 029-2016-GOI-MPM dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no es procedente estimar la pretensión por haberse resuelto por la validez de la indicada resolución administrativa.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.9 (Relacionada con la Séptima Pretensión Principal)

Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 más intereses hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el Artículo N° 202 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

TRIGÉSIMA QUINTA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

De los fundamentos que expone el CONSORCIO LORETO se tiene que en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al pago de los Mayores Gastos Generales se señala:

Artículo 202°.- Efectos de la modificación del plazo contractual.-

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

Artículo 203°.- Cálculo del Gasto General Diario.-

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente “Ip/Io”, en donde “Ip” es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación de plazo contractual, e “Io” es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

Seguidamente invocan al Tribunal Arbitral determine que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 24,463.09 (VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES CON 09/100 SOLES) más intereses hasta la fecha de pago; por concepto del pago de los mayores

•37

gastos generales de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.

TRIGÉSIMA SEXTA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

En cuanto a lo solicitado por el CONSORCIO LORETO consideran que debe desestimarse el pedido de manera muy concreta, tomando en cuenta que se determinó que no puede proceder el pago de los trabajos adicionales o imprevistos (no contemplados en el expediente técnico) sin previa autorización de la Entidad; así mismo se indica que este sobrecosto que aduce el contratista que debe reconocérsele debe ser asumido de la utilidad del expediente técnico multiplicado por su factor de relación, a tenor de lo que prevé el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 011-79-VL. En suma piden al Tribunal Arbitral que se desestime el pedido.

TRIGÉSIMA SEPTIMA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Considera este Tribunal que no es factible pago alguno si no se tiene, de manera previa, la resolución que viabilice el pago. Sendos informes del ente rector OSCE lo han difundido y lo vienen difundiendo de tal manera que los pedidos del tipo que nos ocupa sean predecibles en su resultado y no ameriten mayor esfuerzo para desestimarlos, como en efecto debe ocurrir. Tanto más si tenemos en consideración que el CONSORCIO LORETO apela al pago de mayores gastos generales dentro de la ejecución de un contrato de obra bajo la modalidad de a suma alzada, en el cual el tratamiento si bien no es excluyente, para su verificación se requiere mucho más que un enunciado.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.10

Primera pretensión subordinada a la novena pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 24,463.09, correspondiente a los mayores gastos generales.

TRIGÉSIMA OCTAVA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, al haber la Entidad Contratante declarado IMPROCEDENTE nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 21 días calendarios sin fundamento alguno; se redujo el plazo de ejecución de la obra; por lo que nuestra representada tuvo que incrementar los recursos para poder culminar la obra dentro del plazo contractual, lo que ocasionaron sobrecostos equivalentes a los mayores gastos generales que nos correspondía por los veintiuno (21) días calendarios que la entidad no aprobó y que nos correspondía de acuerdo a Ley; ya que de lo contrario la Entidad Contratante manifestó que aplicaría la penalidad por mora y la posible resolución del contrato al llegar a la máxima penalidad. Al respecto, nuestra representada presento una medida cautelar de no innovar para la ejecución de nuestras cartas fianzas en caso se produjera la resolución de nuestro contrato; pero debido a la demora en la instalación del tribunal arbitral nos vimos obligados a concluir la obra dentro del plazo contractual incurriendo en sobrecostos al incrementar recursos a la obra.

Que, invocamos al Tribunal Arbitral DETERMINE que la Entidad Contratante nos cancele el monto de S/. 24,463.09 (Veinticuatro Mil Cuatrocientos Sesenta y Tres y 09/100 SOLES) más interés hasta la fecha de pago; por concepto de pago de los sobrecostos indemnizables iguales a los mayores gastos generales que correspondía aprobar por los veintiún (21) días calendarios que la Entidad Contratante sin fundamento declaró improcedente nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 01.

TRIGÉSIMA NOVENA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

A través del Informe N° 095-2016-SGO-GOI-MPM, del 16 de marzo del 2016, la Subgerencia de Obras de la entidad demanda informa y remite sobre la ampliación de plazo N° 01 de la Obra: "Mejoramiento de la Calle Central (Ca. Manuel Seoane / Ca. Leopoldo López) Distrito de Iquitos - Punchana - Provincia de Maynas - Loreto, determinándose la improcedencia de la ampliación de plazo N° 01 de ejecución de obra.

Se agrega que conforme prevé el tercer párrafo del Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: «Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo»

38

CUADRAGESIMA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Para este Tribunal está sumamente claro, tal y conforme lo ha estado analizando en los considerandos que preceden, la improcedencia de otorgar ampliación de plazo en la ejecución de una obra pública cuando el pedido se hace vencido que sea el plazo de ejecución contractual, como ocurre en este caso. Así los hechos la pretensión debe correr la suerte de desestimarse.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.11

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, donde la Entidad aprueba Veintiocho (28) días calendarios de ampliación de plazo.

CUADRAGESIMA PRIMERA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, mediante carta N° 029-2016-AMVP notificada el 28 de marzo de 2016 nuestro consorcio solicitó la ampliación de plazo N° 03 por cincuenta (50) días calendarios, en la ejecución de la obra; “Mejoramiento de la calle central (Ca.Manuel Seoane / Ca.Leopoldo López”), Distrito de Iquitos - Punchana-Provincia de Maynas- Loreto”; amparando nuestra solicitud por la demora en el pago del adelanto de materiales por parte de la entidad, causas no atribuibles al contratista.

Que, mediante asiento N° 225 del Cuaderno de Obra de fecha 21 de marzo del 2016, hace de conocimiento al supervisor de Obra, la solicitud de ampliación de plazo N° 03 y la solicita con Carta N° 029-2016-AMVP al Supervisor de fecha 28 de marzo en vista que se afectó la ruta crítica, correspondiente al numeral (1 del Art. 200º del RLCE; Atrasos y/o Paralizaciones por causas NO Atribuibles al Contratista demora en el pago del adelanto de materiales; cuantificando que el evento que se suscitó, mientras estuvo desarrollando las partidas de la RUTA CRITICA (programación de Obra).

Que, mediante carta N° 066-2016-GOI-MPM la Municipalidad Provincial de Maynas, con fecha 11 de marzo de 2016 nos notificó la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM; donde nos comunicó la APROBACIÓN de la Ampliación de plazo N° 03 por VEINTIOCHO (28) días calendarios de los CINCUENTA (50) días calendarios solicitados.

Que, como se puede observar en los ítems señalados anteriormente existe CONTROVERSIAS sobre la Ampliación de plazo N° 03 de la obra por haberse aprobado solo Veintiocho (28)días calendarios de ampliación de plazo de los Cincuenta (50) días solicitados; porque nos vimos obligados a acumular esta nueva controversia a nuestra solicitud de arbitraje hecha mediante Carta N° 026-2016.

Que, por razones expuestas en los ítems anteriores que dan certeza a lo expuesto en la presente demanda, invocamos se DECLARE NULA la Resolución N° 034-2016-GOI-MPM donde la Entidad aprueba solo 28 días de ampliación de plazo de los Cincuenta (50) días que nos correspondía; ya que la falta de pago del adelanto de materiales afectó en 50 días la ruta crítica del calendario de ejecución de la obra vigente.

CUADRAGESIMA SEGUNDA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS

La Entidad Edil a este punto no menciona fundamento alguno, si se tiene en cuenta que la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios se llevó a cabo el 27 de octubre del 2016, en la cual se tuvieron a bien fijas los puntos controvertidos a dilucidar en el proceso arbitral con todos los medios probatorios que se aporten al proceso.

La Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM aprueba una ampliación de plazo de 28 días calendario, cuando el CONSORCIO consideró que debieron ser 50 días los que necesitaba para cumplir con el cronograma y el calendario de ejecución de obra; sin embargo, de una revisión exhaustiva al mencionado acto administrativo el Tribunal Arbitral deberá comprobar que no existe causal alguna que la invalide.

CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Decisión del Tribunal en minoría.

De la revisión al contenido de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, se tiene que no advierte el Tribunal causal que devenga en su nulidad dado que de los informes elaborados por cada una de las áreas de la entidad demandada, fluye de manera diáfana haber ceñido su accionar a lo previsto en las normas legales y reglamentarias propias de las contrataciones del Estado.

En tal sentido, cuando de los 50 días calendario solicitados solamente se conceden veintiocho (28) es porque resulta procedente dicho quantum ampliatorio en razón de la demora en el pago del adelanto de materiales, corriéndose la fecha de culminación de las obras del 01 al 25 de abril del 2016. Luego de ello no hay razón ni causal para otorgar mayor ampliación, tal como lo deja en claro la Gerencia de Obras e Infraestructura, y la Subgerencia de Obras de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS. Más todavía si la ampliación de plazo de 28 días se concede estando vigente el plazo de ejecución de obra, por lo que en criterio de este Tribunal Arbitral la pretensión materia de análisis debe desestimarse.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.12

Determinar si corresponde o no a declarar Fundada la solicitud de Ampliación de plazo N° 03 por 50 días calendarios, en razón a que, según la Contratista, se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en los Artículos 201° del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la programación de la obra durante los 50 días calendarios de ampliación de plazo solicitados.

CUADRAGÉSIMA CUARTA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, al de declararse NULA la Resolución N° 034-2016-GOI-MPM, solicitamos al Tribunal Arbitral DECLARESE FUNDADA nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por 50 días calendarios; porque se realizó siguiendo todos los procedimientos establecidos en el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y también porque la ruta crítica de la obra ha sido afectada en la partida 05.01 Solado 1:00 C:A e=4" (Pavimento Rígido).

CUADRAGÉSIMA QUINTA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

La Entidad demandada en este extremo reitera los fundamentos que valieron para la emisión de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, por lo que considera que este punto controvertido debe igualmente ser desestimado.

CUADRAGÉSIMA SEXTA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Para el Tribunal no corresponde declarar fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 03 por 50 días calendario, toda vez que el contratista no ha demostrado la afectación aludida, criterio por el cual se debe desestimar la pretensión contenida en este punto controvertido.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.13

Determinar si corresponde o no que la Entidad Contratante reconozca y cancele el monto de S/. 58,593.74 más interés hasta la fecha de pago, por concepto del pago de los Mayores Gastos Generales de acuerdo a lo estipulado en el artículo N° 202 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado.

CUADRAGÉSIMA SEPTIMA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

Que, en el Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al pago de los Mayores Gastos Generales se señala:

Artículo 202°.- Efectos de la modificación del plazo contractual.

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

Artículo 203°.- Calculo del Gasto General.

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general a diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de revelación y por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) Aprobado por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática- INEI correspondiente al mes calendario

40

en la que ocurre la causal de ampliación de plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondientes al mes de valor referencial.

CUADRAGÉSIMA OCTAVA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Para este punto controvertido la emplazada reitera su posición sobre el procedimiento que ha seguido para el otorgamiento de ampliación de plazo en 28 días calendario al CONSORCIO LORETO.

CUADRAGÉSIMA NOVENA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Deviniendo la pretensión del contenido de la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, la misma que ya ha sido analizada por este Tribunal Arbitral, corresponde desestimar el pedido y declarar infundada la pretensión.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.14

Primera pretensión subordinada a la décima tercera pretensión principal, determinar si corresponde o no reconocer a favor de la demandante los sobrecostos indemnizables por la ejecución de la obra a ritmo acelerado, por un monto equivalente S/. 58,593.74, correspondiente a los mayores gastos generales.

QUINCUAGÉSIMA.- Posición de CONSORCIO LORETO

Que, al haber aprobado la Entidad Contratante solo 28 días calendarios de Ampliación de plazo de los 50 días calendarios que nos correspondía en la ampliación de plazo N° 03, se redujo el plazo de ejecución de la obra; por lo que nuestra representada tuvo que incrementar los recursos para poder culminar la obra dentro del plazo contractual, lo que ocasionaron sobrecostos equivalentes a los mayores gastos generales que nos correspondía por los Veintidós (22) días calendarios que la Entidad no aprobó y que nos correspondía de acuerdo a Ley, ya que de lo contrario la Entidad Contratante manifestó que aplicaría la penalidad por mora y la posible resolución del contrato al llegar a la máxima penalidad. Al respecto, nuestra representada presentó una medida cautelar de no innovar para evitar la ejecución de nuestras cartas fianzas en caso se produjera la resolución de nuestro contrato; pero debido a la demora en la instalación del tribunal arbitral nos vimos obligados a concluir la obra dentro del plazo contractual incurriendo en sobrecostos al incrementar recursos a la obra.

Que, invocamos al Tribunal Arbitral DETERMINE que la Entidad Contratantes nos cancele el monto de S/. 58,593.74 (CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES Y 74/100 SOLES) más intereses hasta la fecha de pago, por concepto de pago de los sobrecostos indemnizables iguales a los mayores gastos generales que correspondía aprobar por los Veintidós (22) días calendarios que la Entidad Contratante sin fundamento dejó de aprobar en nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 03.

QUINCUAGÉSIMA PRIMERA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

En línea con el razonamiento anterior, la Entidad emplazada es de la posición que el pedido esbozado por CONSORCIO LORETO no puede prosperar. Por lo que debe desestimarse su pretensión.

QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Como ha quedado analizado en los considerandos que preceden, teniendo ya el criterio formado, el Tribunal es del parecer que la pretensión materia de análisis debe desestimarse en tanto subsiste incólume la Resolución Gerencial N° 034-2016-GOI-MPM, en todos sus extremos. Ello lleva a establecer de manera inconclusa que la pretensión tal como está planteada debe obtener un resultado de desestimación, declarándola infundada.

PUNTO CONTROVERTIDO VII.3.15

Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

QUINCUAGÉSIMA TERCERA.- Posición del CONSORCIO LORETO.

EL CONSORCIO LORETO sostiene que los costos y costas del proceso arbitral deben ser asumidos completamente por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS en atención no solo a que las pretensiones demandadas devienen en FUNDADAS según su criterio, sino al hecho de

•41

haberse subrogado en el pago de la parte correspondiente a la Entidad demandada. Por lo que los costos y costas arbitrales deben ser cargados a la Entidad Contratante.

QUINCUAGÉSIMA CUARTA.- Posición de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS.

Tanto en el escrito de absolución de la demanda como en el presentado en calidad de alegatos finales escritos la Entidad edil no expresa fundamento alguno sobre este punto controvertido, pese a que al fijarse en audiencia se hizo presente el representante procesal de tal entidad.

QUINCUAGÉSIMA QUINTA.- Decisión del Tribunal en minoría.

Del Acta de Instalación del presente Tribunal Arbitral, se tiene en su Numeral 7 que el Honorario Neto que corresponde al Tribunal asciende a la suma neta de S/. 42,000.00 (Cuarenta y dos mil y 00/100 Soles), siendo que cada parte deberá pagar la suma de S/. 21,000.00 (Veintiún mil y 00/100 Soles), por concepto de Honorarios Arbitrales de acuerdo a la liquidación efectuada en base a la Tablas de Aranceles del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto, monto que deberá ser depositado directamente al Centro por las partes.

Asimismo, se pactó que los gastos administrativos correspondientes al Centro alcanzan la suma de S/. 13,000.00 (Trece mil y 00/100 Soles), siendo que cada parte debe cumplir con el pago de S/. 6,500.00 (Seis mil quinientos y 00/100 Soles) de acuerdo a la Tabla de Aranceles del Centro.

Es el caso que mediante Resolución N° 10, su fecha 05 de agosto del 2016, el Tribunal Arbitral resolvió TÉNGASE por cancelada la totalidad de los Honorarios del Tribunal Arbitral y los Gastos Administrativos del Centro, más los impuestos de Ley, establecidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, cuyo pago total ha sido asumido íntegramente por el CONSORCIO LORETO.

En consecuencia, de lo anteriormente señalado el Tribunal Arbitral estima que tanto CONSORCIO LORETO como la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS si tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas al pago de la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y del Centro Superior del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto.

En tal circunstancia, dada la subrogación del pago debe disponerse que la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS reembolse el monto asumido por su contraparte, el consorcio, en relación al pago que ésta hizo por el costo de todo el proceso arbitral.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, el Tribunal en minoría DERECHO.

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD Y/O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA deducida por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS, por las consideraciones expuestas en el Noveno Considerando de la presente resolución.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL que corresponde al Punto Controvertido VII.3.1, al haber operado la caducidad del derecho.

TERCERO: DECLARAR que CARECE DE OBJETO PRONUNCIARSE SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, al haber caducado la acción.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL del escrito de demanda, que se contiene en el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL que se correlaciona con el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

SEXTO: DECLARAR FUNDADO EL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADO EL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADO EL SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADO EL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADO EL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el Punto Controvertido N° 10, fijado en la Audiencia de fecha 27 de octubre del 2016.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADO el Punto Controvertido N° 11, fijado en audiencia de su propósito.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADO el Punto Controvertido N° 12, fijado en audiencia de su propósito.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR INFUNDADO el Punto Controvertido N° 13, fijado en audiencia de su propósito.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR INFUNDADO el Punto Controvertido N° 14, fijado en audiencia de su propósito.

DÉCIMO SEXTO: DECLARAR respecto al Décimo Quinto Punto Controvertido, que las partes deben asumir sus respectivos costos de defensa y los costos del proceso arbitral, integrados por los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en proporciones iguales, con reembolso a cargo de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MAYNAS de los montos abonados en subrogación por el CONSORCIO LORETO.

DÉCIMO SÉPTIMO: REMITIR al ORGANISMO SUPERIOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.

