

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL:

DR. FERNANDO SANTIVÁÑEZ YULI (PRESIDENTE)

DR. CARLOS HUMBERTO BOCANEGRA CHÁVEZ

DR. JORGE ANTONIO MORÁN ACUÑA

Demandante: CONSORCIO COBRO NEGRO
(En adelante el CONSORCIO o el DEMANDANTE)

Demandado: PROVÍAS DESCENTRALIZADO
(En adelante la ENTIDAD o el DEMANDADO)

Lima, 26 de enero de 2011

VISTOS

Antecedentes

1. El 31 de octubre de 2008 el CONSORCIO y la ENTIDAD suscribieron el Contrato de Obra N° 589-2008-MTC/21, para la ejecución de la Obra: "Rehabilitación del Camino Vecinal Cruce Cobro Negro-Cochan Bajo" (en adelante el Contrato), emanado de la Licitación Pública Nacional N° CI-502-2008-MTC/21-LPN, el cual contiene, en su cláusula trigésimo sexta, el convenio arbitral.

2. El 24 de marzo de 2010, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

El plazo para emitir el presente laudo

3. Mediante Resolución N° 9, el Tribunal Arbitral fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, el cual fue ampliado en veinte (20) días adicionales vía Resolución N° 10.

Demanda del CONSORCIO COBRO NEGRO: Petitorio

4. En su demanda, presentada el 7 de abril de 2010, el CONSORCIO pide lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral seje sin efecto legal y declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, que denegó la Ampliación de Plazo N° 02 por 115 días calendario.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare procedente que la demandada como consecuencia de la nulidad de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, otorgue la Ampliación de Plazo N° 02 y además proceda con la cancelación de los mayores gastos generales efectuados, por la suma ascendente de S/. 72,519.00 NUEVOS SOLES.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral, en caso denegar el pago de los mayores

gastos generales, declare procedente que la demandada obtiene un enriquecimiento sin causa a costa de nuestra representada, cuando se ejecutan en su beneficio mayores prestaciones que luego no son pagadas.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare procedente que la demandada proceda al reconocimiento y pago íntegro de la Valorización N° 06 más los intereses legales adeudados a la fecha, la misma que ha sido retenida indebidamente.

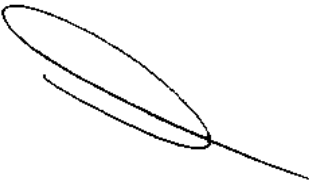


CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral declare procedente que la demandada devuelva los gastos incurridos en la generación y renovación de las Cartas Fianzas otorgadas por nuestra representada en el Contrato de Obra N° 589-2008-MTC/21, ascendente a S/. 12,000.00 Nuevos Soles.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que el Tribunal Arbitral disponga que la parte demandada asuma el total de los gastos correspondientes a las costas y costos del presente proceso arbitral.




Demanda del CONSORCIO COBRO NEGRO: Resumen de sus Fundamentos

5. El CONSORCIO COBRO NEGRO sustenta su demanda en los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal

- 
- 
- 
- a. Que, en la ejecución del Contrato se encontraron trabajos adicionales que debieron realizarse, debido a que en los tramos: Km. 31+200 al Km. 31+400, Km. 31+700 al Km. 32+000, Km. 32+100 al Km. 31+400, Km. 33+500 al Km. 33+700, del camino vecinal, se presenta una subrasante con alto contenido de material plástico de promedio de 0.50 m. de espesor, que es mayor a la del corte que manda el expediente técnico originalmente elaborado.
- b. Que, por otro lado, los pobladores dueños de los terrenos adyacentes a la vía en rehabilitación solicitaron cambios en los diámetros de las alcantarillas de 24" a 12", así como la ejecución de mayor número d alcantarillas de 12", para pases de agua destinados a riego, debido a que de no hacerlo construirían pases de agua artesanales y/o superficiales, dañando el mejoramiento de la vía.
- c. Que, de acuerdo con las observaciones efectuadas por el proyectista de obra en el expediente técnico aprobado y de las observaciones encontradas en el mismo por parte de nuestra representada, indicamos en su oportunidad que las plazoletas de cruce y sobre anchos de curvas se encuentran indicadas en los planos pero no se han considerado en la planilla de metrados, en lo referente a las partidas de pavimentación como son: perfilado y compactado de subrasante, extracción, carguío,

transporte a obra, extendido, riego y compactado de material afirmado. También se verificó que el número de pruebas de compactación es de solamente 1010 unidades y por lo general se recomienda una prueba cada 250 ml o cada 300 ml tanto en la rasante como en la subrasante. Todas estas consultas y observaciones fueron anotadas en el cuaderno de obra (asientos N° 043 y N° 055), para la elaboración del adicional de obra.

- 
- 
- 
- d. Con fecha 17 de enero de 2009 se emite el Informe N° 01-2009.MMC/RO al Ing. Inspector de Obra, para que eleve las consultas sobre adicionales y deductivos de obra al proyectista.
- e. Con fecha 13 de febrero de 2009, PROVIAS DESCENTRALIZADO, vía Carta N° 0092-2009-MTC/21.CJM, da a conocer la respuesta del proyectista a las consultas realizadas.
- f. En tal sentido, con fecha 21 de febrero de 2009, se reformulan conjuntamente con el Ing. Inspector de Obra, algunas reubicaciones de las alcantarillas, las cuales a solicitud de los pobladores de la zona debieron ser modificadas para permitir el riego de las áreas de cultivo, procediendo PROVIAS DESCENTRALIZADO a modificar las longitudes de las mismas. Del mismo modo, se reconsideran los tramos que requieren mejoramiento y cuyos cambios están en el cuaderno de obra.
- g. Mediante Resolución Directoral N° 899-2009-MTC/21, de fecha 2 de junio de 2009, se autorizó y

aprobó el Presupuesto Adicional N° 01, así como el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 01.

h. Asimismo, mediante Resolución Directoral N° 1070-2009-MTC/21 de fecha 17 de junio de 2009, se aprobó la Ampliación de Plazo N° 01, por catorce días, por lo que el fin del plazo contractual nuevo era el 28 de junio de 2009.

i. PROVIAS DESCENTRALIZADO, procedió, según consta en la Carta N° 0092-2009-MTC/21.CJM, de fecha 13 de febrero de 2009, a autorizar las modificaciones requeridas en la obra, las cuales significaron tener que cambiar las alcantarillas adquiridas de 24" por las de 12".

j. Debido a este cambio de las alcantarillas, mediante Carta N° 017-2009/CCN, de fecha 22 de junio de 2009, solicitamos la Ampliación de Plazo N° 02, por 115 días calendario.

k. Mediante Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, de fecha 6 de julio de 2009, PROVIAS DESCENTRALIZADO declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 02.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

l. Que, la aprobación de obras adicionales generó el cambio de alcantarillas de 24" a 12", ocasionando un retraso en la ejecución de la obra, lo cual es responsabilidad de PROVIAS DESCENTRALIZADO, por no hacer un expediente técnico adecuado a las

necesidades de los pobladores de las zonas adyacentes a la vía rehabilitada.

m. Que, en el presente caso nuestro proveedor se demoró excesivamente en la entrega de las alcantarillas con el nuevo diámetro de 12", según los adicionales aprobados por PROVÍAS DESCENTRALIZADO, por lo que no tenemos culpa, ya que siempre actuamos con la diligencia debida, motivo por el cual la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, debe ser declarada nula e ineficaz, y como consecuencia de ello se nos debe otorgar la ampliación de plazo de 115 días calendario.

n. Que, en tal sentido, se nos debe reconocer los gastos generales generados en la ampliación de plazo solicitada, los mismos que deben ser calculados de acuerdo con los gastos generales otorgados en el Adicional de Obra N° 01.

Respecto de la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

o. Que, en caso el Tribunal desestime la segunda pretensión, de lo cual se inferiría que no hay otra vía posible para subsanar el desequilibrio patrimonial injusto y sin causa que se ha producido entre demandante y demandada, el Tribunal debería ordenar que se pague los costos adicionales incurridos en la ejecución de la obra, como resarcimiento por el enriquecimiento sin causa que ha beneficiado a la demandada en perjuicio de la demandante.

- p. Que, si la transformación del patrimonio no reconoce una causa jurídica, el beneficiado con dicha transformación patrimonial tiene el deber de restituir lo mal habido.
- q. Que la demandada, al recibir de la demandante, un servicio sin poder pagar por ello, se enriquece por el valor de tal trabajo.
- r. Que, no existe causa que justifique dicho enriquecimiento, entendiéndose que tal causa debía haber sido el pago de una contraprestación a la parte empobrecida o a la existencia de una obligación en su propio patrimonio.
- s. Que, la demandante se habría empobrecido al dejar de recibir la contraprestación que normalmente le hubiera correspondido por la ejecución de los mayores trabajos que ha realizado, siendo que tal empobrecimiento también es injusto y sin causa.




Respecto de la Tercera Pretensión Principal

- t. Que, como consecuencia del retraso en la entrega de las alcantarillas de 12" por parte de nuestro proveedor, en mérito del cambio de las especificaciones realizado por PROVÍAS DESCENTRALIZADO, se procedió a descontarnos de la Valorización N° 6 la parte proporcional al retraso efectuado en la culminación de la obra, como consecuencia de la denegatoria a nuestra Ampliación de Plazo N° 02, la misma que

inicialmente requerimos con la finalidad de evitar perjuicios económicos de los cuales no somos responsables.

Respecto de la Cuarta Pretensión Principal

u. Se solicita el reconocimiento de los gastos incurridos en la renovación de las cartas fianza otorgadas en el contrato, teniendo en cuenta que este se prolongó mucho más del plazo inicial, por lo que se reclama el costo de la renovación de las garantías, más allá de la vigencia del plazo contractual original.

Contestación de la Demanda y Formulación de Excepciones por parte de la PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante la PROCURADURÍA), en representación de PROVÍAS DESCENTRALIZADO: Resumen de sus Fundamentos

6. La PROCURADURÍA contesta la demanda, bajo los siguientes fundamentos:

Respecto de la Excepción de Incompetencia

a. La PROCURADURÍA formula Excepción de Incompetencia respecto de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal formulada por la demandante, señalando que para que proceda la restitución por enriquecimiento sin causa, es preciso que se encuentre reunidos los siguientes requisitos: a) Un enriquecimiento del demandado; b) un empobrecimiento del actor; c)

una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; d) la falta de una causa lícita que justifique ese enriquecimiento; y, e) que el demandante carezca de otra acción.

b. Que, la acción por enriquecimiento sin causa sólo procede subsidiariamente, es decir, para el caso en el que el ordenamiento legal no haya previsto otra acción específica para fundar el reclamo del actor.

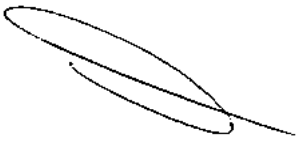
c. Que, este tipo de pretensión (enriquecimiento sin causa) es un mecanismo ajeno a una controversia derivada de la ejecución contractual de un contrato de obra, por lo que no resultan pretensiones arbitrables.

Respecto de la primera pretensión principal


d. Que, de acuerdo con lo previsto en la Directiva N° 003-2005-MTC/21 (parte componente del contrato), los adicionales debe ser presentados con la debida anticipación a su ejecución, a fin de que permita afrontar las consideraciones establecidas en la propuesta.

e. Que, el expediente, al contener partidas nuevas, como es el caso de las Alcantarillas TMC de 12", tuvo que contar con la cotización del proveedor EDUARDO RÍOS Y ASOCIADOS S.A.C., que precisaba que la entrega se efectuaría entre 65 a 70 días de recibida su Orden de Compra, detalle que no fue observado por el Contratista, por cuanto a la aprobación del adicional y acuerdo de precios,


contaba con el plazo establecido en el contrato para su ejecución, relevándose el hecho de que la partida asociada al producto no se encontraba en la ruta crítica de la obra, por tanto, el procedimiento constructivo de responsabilidad del Contratista debía ser tal que acorde con el Calendario Valorizado de Avance de Obra presentado para la aprobación del adicional, en el que manifestaba requerir 20 días calendario para su ejecución.



f. Que, la contratista, en su propuesta de adicional de obra, debió presentar una propuesta viable y comercial, que no afecte la ejecución de los trabajos. Si la propuesta fue hecha con ligereza, ese error no puede ser atribuido a la Entidad.



g. Que, con relación a la ampliación de plazo, se debe mencionar que la partida correspondiente a las alcantarillas de 12" no se encontraba en la ruta crítica, lo cual es un requisito indispensable.



Respecto de la Segunda Pretensión Principal

h. Al ser improcedente la ampliación de plazo N° 02, no existe ningún gasto a reconocer por ese período.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal

i. Que, mediante Memorandum N° 5139-2009-MTC/21-UGTR, se tramitó la Valorización N° 03, en función a que se encuentra amparado el monto valorizado al haberse regularizado el monto del Adicional N° 01.

j. Que, el contratista mostraba un atraso en la fecha de término de 72 días calendario, por lo cual se encontraba inmerso en mora, por lo que adicionalmente era deudor de una penalidad, según lo establecido en los numerales 24.3 y 24.4 del Contrato.

k. Que, en tal sentido, consideramos que las retenciones aplicadas se ajustan al Contrato y a la normatividad nacional vigente.

Respecto de la Cuarta Pretensión Principal

1. Que, es un principio fundamental que los sujetos contratantes se encuentren obligados a cumplir con sus obligaciones en el modo, lugar y forma pactadas.

La absolución de la Excepción de Incompetencia

7. El CONSORCIO COBRO NEGRO absolvió el traslado de la excepción de incompetencia con los siguientes argumentos:

a. Que, se han sustentado adecuadamente los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, los cuales no han sido rebatidos por la demandada.

b. Que, la demandada se ha enriquecido con prestaciones recibidas y no pagadas.

c. Que, la demandante se habría empobrecido al dejar de recibir la contraprestación que normalmente la

hubiera correspondido por la ejecución de los mayores trabajos que ha realizado, siendo que tal empobrecimiento también es injusto y sin causa.

d. Que, de conformidad con el artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que las controversias que surjan entre las partes desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resorberán mediante arbitraje, motivo por el cual, siendo dicha pretensión generada por la modificación técnica al contrato inicialmente suscrito, la dilucidación del mismo corresponde al Tribunal Arbitral.

e. Que, nuestra pretensión de enriquecimiento sin causa tiene un carácter residual, y por lo tanto, es procedente la acción por enriquecimiento sin causa que señala el artículo 1954 del Código Civil.

Los puntos controvertidos en el presente proceso

8. De conformidad con lo estipulado por las partes en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, celebrada el 24 de junio de 2010, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

a. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, la cual denegó la Ampliación de Plazo N° 02 por 115 días.

- b. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**: En caso se determine que procede la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21: Determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO otorgue la Ampliación de Plazo N° 02, y determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los mayores gastos generales, por la suma de S/. 72,519.00 (SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DIECINUEVE NUEVOS SOLES)
- c. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**: En caso se determine que no procede que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los mayores gastos generales, y en caso que la excepción de incompetencia resulte infundada y/o improcedente: Determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO obtuvo un enriquecimiento sin causa.
- d. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar si procede ordenar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO reconozca y pague el íntegro de la Valorización N° 6, más los intereses legales adeudados a la fecha de pago.
- e. **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar si corresponde ordenar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los gastos incurridos en la generación y renovación de las Cartas Fianza otorgadas en el Contrato de Obra N° 589-2008-MTC/21,



ascendente a S/. 12,000.00 (DOCE MIL) Nuevos Soles.

- f. **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar a que parte corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

9. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y



CONSIDERANDO

- 
- 
10. Previo a analizar las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por este Tribunal Arbitral en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo dispuesto en el convenio arbitral; (ii) Que, el CONSORCIO COBRO NEGRO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii); Que, PROVÍAS DESCENTRALIZADO fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y, (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Cuestión Previa: Excepción de Incompetencia

11. Que, respecto de la Excepción de Incompetencia presentada, el Tribunal Arbitral la analizará conjuntamente con el Tercer Punto controvertido, debido a que la excepción alcanza solamente al mencionado Punto Controvertido.

El primer punto controvertido: Determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, la cual denegó la Ampliación de Plazo N° 02 por 115 días.

12. Que, con el fin de determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, el Tribunal Arbitral procederá a analizar si la referida Resolución cumple con lo establecido en el Contrato, en los Contratos de Préstamos suscritos con el BID y el BIRF, y en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley), y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento)¹.

13. Que, la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, en su parte considerativa señala lo siguiente:

Que, mediante Carta N° 017-2009/CCN, de fecha 22 de junio de 2009, el Contratista solicitó la Ampliación de Plazo N° 02, por ciento quince (115) días calendario, la cual, según se indica, **tiene como sustento la demora en la entrega de las alcantarillas TMC de 12", la cual se encontraba prevista efectuar entre 70 a 100 días, siendo indispensable contar con dicho bien para continuar con la construcción de las obras de arte, acompaña para tal efecto Diagramas GANTT y PERT-CPM, siendo la petición de prórroga anotada por el Residente en el Asiento N° 125 del Cuaderno de Obra, de fecha 22 de junio de 2009;**

(...)

Que, mediante los documentos del exordio, la Unidad Gerencial de Transporte Rural ha emitido la opinión técnica de su competencia, **recomendando declarar improcedente la Ampliación de Plazo N° 02,** solicitada por el CONSORCIO COBRO NEGRO, teniendo en consideración para ello que **la causal invocada, referida a no contar con las alcantarillas, resulta**

¹ De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Novena del Contrato.

atribuible exclusivamente al Contratista, siendo además, que de acuerdo al Calendario Reprogramado, debido a la paralización ocurrida entre el 15 de enero y el 15 de abril de 2009, la partida correspondiente a Alcantarillas no se encontraba inmersa en la ruta crítica del proyecto;

Que, mediante Informe N° 885-2009-MTC/21.UGAL, de fecha 6 de julio de 2009, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal, ha emitido opinión desde el punto de vista legal, en el sentido que corresponde declarar improcedente la Ampliación de Plazo N° 02, solicitada por el CONSORCIO COBRO NEGRO, de conformidad con lo previsto en el numeral 11.6 de la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 589-2008-MTC/21, así como el inciso b) del numeral 3.3.9 de la Directiva de Supervisión N° 0003-2005-MTC/21 y el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, aplicable supletoriamente;(...) (El resaltado es nuestro)

14. Que, en este orden de ideas, tenemos que las razones que motivaron a la Entidad a declarar improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 02 fueron:

- a. Que la causal invocada (no disponibilidad de las alcantarillas) era responsabilidad del Contratista.
- b. Que la partida correspondiente a las alcantarillas no afectaba la ruta crítica.

15. Que, adicionalmente, se debe tener en cuenta lo establecido en los numerales 11.6, 11.7, 11.8 y 11.9 del Contrato:

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

* Por atrasos o paralizaciones ajenos a la voluntad del Contratista.

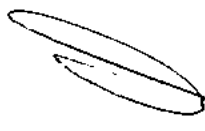
* Atrasos en el cumplimiento de las prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.


** Por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario de avance de Obra vigente y la ruta crítica.*

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

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


11.9 Las ampliaciones de plazo no darán lugar al reconocimiento y pago de mayores gastos generales, según lo estipulado en los Contratos de Préstamo.

- 
16. Que, en tal sentido, para encontrar certeza respecto de la validez o invalidez de la resolución que deniega la ampliación de plazo N° 02, el Tribunal Arbitral deberá determinar, en primer lugar, si la causal invocada por el CONSORCIO era de su responsabilidad y, en segundo lugar, si existía una afectación al Calendario de Avance de Obra y a la Ruta Crítica.



Respecto de la causal invocada


17. Que, según se aprecia en la solicitud de ampliación de plazo N° 02, la causal que la fundamenta es la siguiente:




La entrega de las alcantarillas TMC de 12" se nos hará efectiva en un período entre 70 y 100 días, y siendo estas indispensables para poder continuar con la construcción de estas obras de arte, no podemos continuar con los trabajos respectivos, por lo tanto se está solicitando este determinado tiempo de espera mas el tiempo que demore su construcción.

18. Que, en la comunicación enviada por la empresa Eduardo Ríos y Asociados S.A.C., de fecha 8 de junio de 2009, se evidencia que el plazo de entrega de las alcantarillas de 12" es: "De 70 a 100 días


de recibida su orden de compra y abono al 100% por tratarse de una fabricación especial".



19. Que, debemos tener en cuenta que la utilización de alcantarillas de 12" se da como consecuencia de la solicitud de los pobladores, por lo que se aprobó dicho pedido formulado en el adicional de obra N° 01. Esto se encuentra señalado en el literal c) del numeral 2 del Informe N° 09-2009-MTC/21 CJM/AAC, en el Informe N° 152-2009-MTC/21-CJM-/AAC, y en la solicitud firmada por los señores: Jorge Cabanillas Medina (DNI 40942844), Hermilio Cabanillas Verástegui (DNI 28063575) y V. Raúl Vargas Sánchez (DNI 27983573).



20. Que, así las cosas, tenemos que, no es responsabilidad del Contratista que el proveedor tenga un plazo para la entrega de las tuberías de 12" de entre 70 a 100 días, más aún cuando la utilización de dichas tuberías está sustentada en un adicional basado en una solicitud de los vecinos a la zona de la obra.



21. Que, en tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la causal invocada por el contratista como fundamento de su solicitud de ampliación de plazo, constituye un atraso ajeno a su voluntad.

Respecto de la afectación a la ruta crítica y el calendario de avance de obra

22. Que, de acuerdo con lo señalado en el calendario valorizado de avance de obra del adicional de obra N° 01, respecto de la subpartida 2.01.10 "Alcantarillas TMC=12", incluida dentro de la partida 2.00 "OBRAS DE ARTE Y DRENAJE CONSTRUCC. ALCANTARILLAS METÁLICAS", el plazo de ejecución de la misma abarcaba desde el 8 de junio hasta el 22 de junio de 2009 (14 días).

23. Que, según el Diagrama de GANTT y el PERT CPM presentado por el CONSORCIO en su solicitud de ampliación de plazo, se señala que el fin de la obra es el 22 de junio de 2009.
24. Que, así las cosas, tenemos que, cualquier retraso en la ejecución de la subpartida referida a las alcantarillas de 12" supondría que la obra sea terminada en un plazo distinto del originalmente establecido.
25. Que, según lo define el actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF), la ruta crítica del programa de ejecución de obra: ***“Es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra”.***
26. Que, en este orden de ideas, una actividad crítica es aquella actividad cuyo retraso afecta el plazo de ejecución de la obra, por lo que, la actividad referida a las alcantarillas de 12”, al afectar la terminación de la obra en el plazo establecido, constituye una actividad perteneciente a la ruta crítica.
27. Que, en consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que la solicitud de ampliación de plazo N° 02 cumplía con los requisitos exigidos, pues estaba sustentada en la causal referida a retrasos no imputables al contratista, y se refería a una actividad que afectaba la ruta crítica y el calendario de avance de obra, por lo que la Resolución que deniega la ampliación de plazo incurre en una causal de nulidad de los actos administrativos, al contravenir lo dispuesto en el Contrato, la Ley y el Reglamento².


² Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10°.- Causales de nulidad


Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)

El segundo punto controvertido: En caso se determine que procede la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21: Determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO otorgue la Ampliación de Plazo N° 02, y determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los mayores gastos generales, por la suma de S/. 72,519.00 (SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DIECINUEVE NUEVOS SOLES)



28. Que, en el análisis del punto controvertido anterior, se ha establecido que la solicitud de ampliación de plazo N° 02 cumple con los requisitos contractualmente establecidos, pues se sustentaba en un hecho que no era responsabilidad del contratista y porque afectaba la ruta crítica y el calendario de avance de obra, lo cual ha sido acreditado documentalmente.




29. Que, asimismo, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta que el Informe N° 152-2009-MTC/21.CJM-/AAC, suscrito por el Especialista Local II Cajamarca de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, respecto de la Ampliación de Plazo N° 02 señala lo siguiente:

Que corresponde al contratista la Ampliación de Plazo N° 02, al se evaluada y analizada por el Inspector de Obra quien considera procedente otorgar la citada AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, por 100 (CIEN) DÍAS CALENDARIOS, debido al sustento técnico en los Informes presentados por el contratista.


Que de acuerdo a lo expuesto y en aplicación de la Cláusula 3.3.9 Ampliaciones de Plazo de Obra de la Directiva de Supervisión N° 0003-2005-MTC/21 y al haberse afectado la Ruta Crítica del Cronograma Reprogramado PERT_CPM de ejecución de obra, descrito anteriormente, al Contratista le corresponde la AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, por CIEN (100) DÍAS

CALENDARIOS, los cuales deberán ser contados a partir del 03 de junio de 2009, siendo la fecha de culminación contractual el 10 de septiembre de 2009.

30. Que, además, el Tribunal Arbitral ha tenido presente lo señalado en el Informe N° 0879-2009-MTC/21.CJM, suscrito por el Coordinador Zonal Cajamarca de PROVÍAS DESCENTRALIZADO, el cual dice lo siguiente:

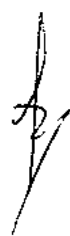


Esta Coordinación Zonal recomienda aprobar la Ampliación de Plazo de Obra N° 02, por CIEN (100) DÍAS CALENDARIOS, tiempo que demoraría para la entrega de las alcantarillas TMC O12" por parte del proveedor y la construcción de las mismas, según lo que solicita el Contratista, por razones ajenas a su voluntad, cuyas causales se sustentan en la documentación presentada a esta Zonal, y el Informe del Área de Supervisión.



La ampliación de plazo de los 100 día calendarios, deberán ser contados a partir del 03 de junio de 2009, siendo la nueva fecha de culminación de obra el 10 de septiembre de 2009.

31. Que, así las cosas, el Tribunal Arbitral considera que la solicitud de ampliación de plazo N° 02 es procedente.

- 
32. Que, respecto del pago de los gastos generales, tenemos que el cobro de los mismos no sólo es contrario a lo estipulado en el numeral 11.9 de la cláusula DÉCIMO PRIMERA del contrato (citada previamente), sino que ha sido materia de renuncia expresa por parte del CONSORCIO, según se puede apreciar en la Carta N° 018-2009/CCN, presentada como medio probatorio por el propio CONSORCIO, en donde expresamente indica que: **"...la Empresa Contratista CONSORCIO COBRO NEGRO renuncia a los mayores gastos Generales que se podrían generar por la Ampliación de Plazo N° 02..."**

33. Que, en tal sentido, el Tribunal Arbitral tiene la certeza de que corresponde aprobar la solicitud de ampliación de plazo N° 02, pero sin reconocimiento de gastos generales.

El tercer punto controvertido: En caso se determine que no procede que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los mayores gastos generales, y en caso que la excepción de incompetencia resulte infundada y/o improcedente: Determinar si procede declarar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO obtuvo un enriquecimiento sin causa.

34. Que, en primer lugar, el Tribunal Arbitral analizará lo referido a la excepción de incompetencia planteada.

Respecto de la excepción de incompetencia

35. Que, el convenio arbitral contenido en la cláusula trigésima sexta del Contrato, el cual establece lo siguiente:

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado y en la Ley General de Arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se establece que el arbitraje no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General de la República ejerce el control previo, debiendo dichas materias ser resueltas de acuerdo a los procedimientos establecidos por la normativa. Tampoco son arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato. (El resaltado es nuestro)

36. Que, según el tenor del convenio arbitral, si el enriquecimiento sin causa tuviera un origen distinto al contrato, no sería materia arbitrable.
37. Que, debemos tener en cuenta que la institución del enriquecimiento sin causa se sustenta en el principio de equidad aplicable al derecho en general, por lo que puede tener un origen contractual o extracontractual³.
38. Que, en este orden de ideas, si el enriquecimiento sin causa alegado por el CONSORCIO tiene un origen contractual será materia arbitrable, pero si tiene un origen distinto, no será arbitrable.
39. Que, en el presente caso, el alegado enriquecimiento sin causa tiene su origen en el contrato, pues, según afirma el CONSORCIO, ese se debe al hecho de que no le pagaron los gastos generales correspondientes a la segunda ampliación de plazo del contrato, solicitada por el Contratista.
40. Que, la doctrina especializada⁴ ha tomado partido a favor de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa:

En conclusión, sea cual sea el ángulo desde el cual se aborde la pregunta de si el enriquecimiento sin causa


³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana Maria y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 4. Lima: Magna, 2007, p.151

⁴ CAMPOS MEDINA, Alexander. *La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos*. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3. Lima: Grijley, 2006, p. 328

es o no arbitrable, la respuesta es la misma. Se aprecia que las tesis en contra de la arbitrabilidad de esta institución se basan en conceptos jurídicos y argumentos cuya única virtud es su simpleza, pero no por ello resultan ser correctos.

(...)


No hay pues ningún argumento sólido para sostener que el enriquecimiento sin causa en general, o el originado en la contratación administrativa, no sea arbitrable. Por el contrario, independientemente de la bizantina discusión sobre su naturaleza jurídica, lo incuestionable es que el resarcimiento generado por el enriquecimiento sin causa es de libre disposición y por tanto es per se arbitrable.

- 
41. Que, siguiendo el razonamiento expresado por la doctrina, el Tribunal Arbitral considera que el enriquecimiento sin causa planteado por el CONSORCIO es materia arbitrable, por lo que la excepción de incompetencia planteada por la ENTIDAD es improcedente.



Respecto del enriquecimiento sin causa

42. Que, el Tribunal Arbitral considera que, siguiendo la línea de pensamiento explicada en los numerales previos y defendida por la doctrina moderna⁵, el enriquecimiento sin causa es un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en norma, con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho en quien se empobrece.

- 
43. Que, el Código Civil regula la institución del Enriquecimiento Sin Causa en sus artículos 1954° y 1955°.

Artículo 1954°.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a indemnizarlo.

⁵ Ibid., p. 314

Artículo 1955°.- La acción a que se refiere el artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización

44. Que, en tal sentido, para que proceda la acción por enriquecimiento sin causa, quien la solicita debe acreditar fehacientemente que ha sufrido un empobrecimiento y que la otra parte ha sufrido un enriquecimiento sin causa (legal), además de demostrar que entre ambos existe una relación de causalidad.
45. Que, en el presente caso, la causa de que el CONSORCIO no tenga derecho al pago de gastos generales es el Contrato mismo (cláusula décimo primera, numeral 11.9), y la propia declaración del contratista en su Carta N° 018-2009/CCN, en donde renuncia a los gastos generales que pudieran provenir de la ampliación de plazo N° 2.
46. Que, en tal sentido, el no pago de gastos generales se encuentra plenamente justificado contractualmente, por lo que no se configura ningún supuesto de enriquecimiento sin causa.
47. Que, en conclusión, el Tribunal Arbitral considera que PROVÍAS DESCENTRALIZADO, al no pagar los gastos generales que se generan por la ampliación de plazo N° 2, no se enriqueció sin causa a costas del CONSORCIO, pues esta condición estaba pactada contractualmente y fue reconocida y aceptada por el propio CONSORCIO.

El cuarto punto controvertido: Determinar si procede ordenar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO reconozca y pague el íntegro de la Valorización N° 6, más los intereses legales adeudados a la fecha de pago.

48. Que, al haberse dispuesto la procedencia de la ampliación de plazo N° 2, solicitada por el CONSORCIO, el plazo contractual se amplía en 115 días calendario adicionales, por lo que, al finalizar la obra el 8 de septiembre de 2009, el CONSORCIO se encontraba dentro del plazo contractual.
49. Que, al haber finalizado la obra en el plazo contractual, el CONSORCIO no puede ser sujeto de penalidad por retraso alguna, por lo que PROVÍAS no puede efectuar ninguna retención en tal sentido.
50. Que, en dicho orden de ideas, cualquier retención que PROVÍAS haya efectuado basado en una causal de penalidad por retraso en la ejecución de la obra no está justificada y deberá ser devuelta.
51. Que, según señala la Entidad, se efectuó una retención por la aplicación de una multa por el retraso en la ejecución de la obra (72 días de retraso), la cual, a la luz de lo resuelto en el presente laudo es ilegal, razón por la cual, dicha suma retenida, deberá ser reintegrada al CONSORCIO.
52. Que, según el Comprobante de Pago N° 2009-L8202, el monto retenido por PROVÍAS por concepto de multa asciende a S/.

53. Que, por otro lado, la devolución a que nos referimos en el numeral precedente no genera intereses, dado que en el momento de efectuarse la retención estaba sustentada en una potestad que tiene la Entidad en virtud del contrato, la cual, recién por mérito del presente laudo arbitral, se ha tenido por ilegalmente aplicada, razón por la cual, el derecho de reembolso de lo retenido tiene su origen recién en el presente laudo, por lo que no cabe el cobro de intereses por períodos anteriores al de la notificación a las partes con el presente laudo.

54. Que, en este orden de ideas, corresponde ordenar a PROVÍAS que pague al CONSORCIO la suma de S/. 45,759.83 por la indebida retención efectuada por concepto de multa por retraso en la ejecución de la obra.

El quinto punto controvertido: Determinar si corresponde ordenar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO pague al CONSORCIO COBRO NEGRO los gastos incurridos en la generación y renovación de las Cartas Fianza otorgadas en el Contrato de Obra N° 589-2008-MTC/21, ascendente a S/. 12,000.00 (DOCE MIL) Nuevos Soles.

55. Que, dado que el otorgamiento de Garantías para la ejecución del contrato son obligaciones contractualmente establecidas, según se desprende de la cláusula décima tercera del Contrato, corresponde al CONSORCIO cumplir con su obligación contractual y

mantenerlas vigentes, asumiendo el costo respectivo. De otra manera, se estaría desnaturalizando el contrato

El sexto punto controvertido: Determinar a que parte corresponde asumir los costos y costas del proceso arbitral.

56. Que, atendiendo a que cada parte tuvo legítimo interés en acudir al presente arbitraje y al comportamiento de ambas durante el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral considera que no se debe condenar a ninguna de las partes al pago de los gastos arbitrales, costas y costos del presente proceso, asumiendo cada parte sus propios gastos arbitrales, costas y costos

FIJACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DEL SECRETARIO ARBITRAL

De acuerdo con lo establecido en el Acta de Instalación, los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral han quedado fijados en S/. 24,000.00 y S/. 4,000.00 respectivamente, los cuales fueron cancelados íntegramente por ambas partes de manera proporcional y equitativa.

RESOLUCIÓN:

El Tribunal Arbitral, en base a las consideraciones expuestas y al análisis conjunto de los medios probatorios, lauda:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la Excepción de Incompetencia presentada por PROVÍAS DESCENTRALIZADO.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, dejar sin efecto legal y declarar nula la Resolución Directoral N° 1193-2009-MTC/21, que denegó la Ampliación de Plazo N° 02 por 115 días calendario.

CUARTO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.


QUINTO: Declarar FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión principal, y en consecuencia ordenar que PROVÍAS DESCENTRALIZADO devuelva al CONSORCIO COBRO NEGRO la suma de S/. S/. 45,759.83 (CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON 83/100 NUEVOS SOLES).

SEXTO: Declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal.


SÉPTIMO: Declarar INFUNDADA la Quinta Pretensión Principal, y en consecuencia, declarar que cada parte debe asumir sus propios gastos arbitrales, costas y costos.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo, y que es eficaz desde el día de su notificación.

Firman el presente Laudo, los miembros del Tribunal Arbitral, en el lugar y fecha señalados al principio.


DR. FERNANDO SANTIVÁÑEZ YULI
Presidente del Tribunal Arbitral


DR. CARLOS HUMBERTO BOCANEGRA CHÁVEZ
Árbitro


DR. JORGE ANTONIO MORÁN ACUÑA
Árbitro