

Caso Arbitral  
CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL

Lima, 15 de marzo del año 2018

Señores

**PROVIAS NACIONAL**

Jirón Zorritos N° 1203

Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Edificio Circular 1° Piso

Cercado de Lima.-

Referencia: Caso Arbitral CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVIAS NACIONAL

De mi consideración:

Por especial encargo del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Rolando Eyzaguirre Maccan, Presidente; Jashim Valdivieso Cerna, Árbitro y Mario Linares Jara, Árbitro, encargados de resolver el caso de la referencia, cumpla con notificar una copia del Laudo de Derecho, expedido mediante Resolución N° 37 el día 15 de marzo de 2018, la misma que consta de cuarenta y seis (46) folios.

Atentamente,

  
**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**

Secretario Arbitral



Adjunto: Copia del Laudo de Derecho de fecha 15 de marzo de 2018 (46 folios)

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

**LAUDO ARBITRAL**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL CONSORCIO VIAL SAN MARCOS CONTRA PROVÍAS NACIONAL, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ABOGADO ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN; JUAN JASHIN VALDIVIESO CERNA, ÁRBITRO; Y MARIO ERNESTO LINARES JARA, ÁRBITRO.**

Resolución N° 37

Lima, 15 de marzo de 2018

**VISTOS:**

**I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

- UE*
1. El 22 de julio de 2013, el Consorcio San Marcos, (en adelante, CONSORCIO o DEMANDANTE) y Provías Nacional (en adelante, ENTIDAD o DEMANDADO), suscribieron el Contrato N° 075-2013-MTC/20 para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la carretera San Marcos – Cajabamba – Sausococha, tramo: San Marcos – Cajabamba" (en adelante, CONTRATO), por el monto de S/ 284'662,569.63 (Doscientos ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y dos mil quinientos sesenta y nueve con 63/100 Soles).
  2. En la cláusula vigésima tercera del CONTRATO, las partes decidieron que cualquier conflicto surgido desde su celebración se resolvería mediante arbitraje Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

**II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE**

3. El 18 de mayo de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, oportunidad en la que los miembros del Tribunal Arbitral declararon haber sido debidamente designados, de conformidad al convenio arbitral y a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.
- [Handwritten signature]*

El soporte ideal para su ARBITRAJE

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

4. Considerando la fecha de convocatoria del proceso de selección, de la cual se deriva el CONTRATO, la norma aplicable es la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante, LEY) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, REGLAMENTO). Así como las disposiciones aplicables al derecho público y al derecho privado, como también la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), que se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la LEY y el REGLAMENTO.

**III. DE LA DEMANDA ARBITRAL Y ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES**

5. Con fecha 8 de junio de 2016, el DEMANDANTE presentó su escrito N° 01 de sumilla "Demanda", cuya materia se señala: "Ampliación de plazo N° 22", en el que expone tanto sus pretensiones como los respectivos fundamentos de hecho y de derecho.

**III.1 Pretensiones**

**Primera pretensión principal.**- Que se reconozca y se ordene a la ENTIDAD el pago de los gastos generales de los cuarenta y nueve (49) días calendario otorgados en la Resolución Directoral N° 1268-2015-MTC/20, para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 08, ascendentes a S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV, más los intereses devengados desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago.

**Pretensión subordinada a la primera pretensión principal.**- En caso de no ser amparada la Primera pretensión principal precedente, que se reconozca en favor del DEMANDANTE y se ordene a la ENTIDAD pague al CONSORCIO la suma de S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados al CONSORCIO, como consecuencia del incumplimiento, por parte del DEMANDADO, de sus obligaciones

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

contractuales, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que se produjo el daño, hasta la fecha de pago efectivo de la indemnización.

**III.2 Fundamentos de hecho**

**De la primera pretensión principal**

6. Respecto a las valorizaciones de gastos generales por ampliaciones de plazo aprobadas, en el presente caso el CONSORCIO indica que la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N°1268-2015-MTC/20, resolvió declarar procedente en parte la Ampliación de Plazo N° 22 para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 08, habiéndosele otorgado un plazo de 49 días para la ejecución de los referidos trabajos adicionales, de los 69 días solicitados; habiendo incluido en el Presupuesto Adicional N° 08, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 621-2015-MTC/01.02, un gasto general variable ascendente al monto de S/ 484,191.88, que equivale a un Gasto General Variable diario de S/ 9,881.47, cuando de acuerdo al CONTRATO, el Gasto General Variable Diario corresponde al monto de S/ 49,955.11 más IGV. Así, el CONSORCIO aduce que el Gasto General Variable que le corresponde por el plazo otorgado para la ejecución del Adicional, en aplicación del CONTRATO y de la legislación aplicable, asciende a S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV.

7. El DEMANDANTE señala que en un contrato bajo el sistema de "precios unitarios", el valor de los trabajos está conformado por (i) los costos directos que son todos aquellos costos (de mano de obra, materiales y equipos) que se pueden asignar y relacionar con una actividad específica (excavación, concreto, encofrado, muro de ladrillo, etc., por ejemplo) y que forman parte de la obra física que se entrega al propietario; y (ii) los "Costos Indirectos" o "Gastos Generales" que son todos los demás gastos en que se incurre para ejecutar una obra, pero que no se pueden asignar a una actividad específica, y por lo tanto se asigna a la obra en su conjunto (sueldos de los profesionales, viáticos, alimentación, alojamiento, transporte, gastos de oficina, costos de los seguros, costos de las fianzas, gastos de viaje, etc.), que

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

en principio, no forman parte de la obra física, pero sí constituyen un costo y obligación del contratista.

8. Por consiguiente, a entender del DEMANDANTE, la contraprestación a la cual el contratista tiene derecho por la ejecución de la obra consta de tres elementos:

- Costo Directo,
- Gastos Generales (Fijos y Variables) y
- Utilidad.

9. En palabras del CONSORCIO, bajo el parámetro legal establecido por el primer párrafo del artículo 203 del REGLAMENTO, se entiende que siendo único el gasto general diario, el mismo no debe variar por ninguna circunstancia, en virtud a la garantía de invariabilidad de la estructura del precio pactado por las partes, por lo que los gastos generales variables deben sujetarse al costo de los gastos generales variables diarios contratados, costo que al constituirse como parte del "precio" pactado, deviene en inmutable y, consecuentemente, no puede ser objeto de alteración o modificación alguna, pues ello no solo implicaría contravenir lo estipulado en la norma antes acotada, sino incluso conllevaría a alterar también el valor real pactado del precio unitario que legalmente incide sobre los gastos generales variables contratados, vulnerando con ello las garantías legales que revisten y son otorgados al "precio".

10. En consecuencia, el DEMANDANTE señala que corresponde que los gastos generales variables derivados de la Ampliación de Plazo N° 22, reconocida por la ENTIDAD en el CONTRATO, por 49 días calendario, deban liquidarse teniendo en cuenta el gasto general variable diario del CONTRATO ascendente a la suma S/ 49,955.11 más IGV, de cuyo monto deben deducirse a efectos de evitar el doble pago, aquellos gastos generales variables incluidos y reconocidos en el Presupuesto Adicional N° 08 que sirvió de sustento para obtener la prórroga de plazo y los gastos generales variables de la Ampliación de Plazo N° 22, según se indica a continuación:

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

Solicitud de A.P	Resolución que aprueba A.P	Causa que generó la A.P	Días otorgados
22	Resolución Directoral N° 1268-2015-MTC/20	Presupuesto Adicional N° 08	49

11. En ese sentido, el DEMANDANTE señala que el monto correspondiente a los gastos generales variables por los 49 días de ampliación, reconocidos en la Ampliación de Plazo N° 22, asciende a S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles) incluido IGV, según el siguiente detalle:

CÁLCULO DE LOS GASTOS GENERALES VARIABLES								
GGC	=	Gastos Generales Variables Contratados						S/. 35,967,682.78
P	=	Plazo Contratado						720.00
GG PA	=	Gastos Generales Variables del Presupuesto Adicional						S/. 484,191.88
PEA	=	Plazo Ejecucion de Adicional						49.00
Ip	=	Índice General de Precios al Consumidor del mes en que corre la causal (Oct-15)						419.35
Io	=	Índice de Precios correspondiente al valor referencial (Junio 2012)						377.16
GGVD	=	Gasto General Variable Diario						S/. 49,955.11
Item	IU	Descripción	# Dias	G.G.Variable Diario Contratado	G.G. Diario Pagado en Adicional	G.G. Incurrido NO pagado	GGV Reajustado	Total
01	39	Ampliacion de Plazo N° 22	49	49,955.11	9,881.47	40,073.65	44,556.38	S/. 2,183,262.62
<b>SUB-TOTAL</b>								<b>S/. 2,183,262.62</b>
<b>IGV 18%</b>								<b>S/. 392,987.27</b>
<b>TOTAL</b>								<b>S/. 2,576,249.89</b>

**De la pretensión subordinada a la primera pretensión principal**

12. Con relación a la responsabilidad y a la indemnización del daño, el DEMANDANTE sostiene que los principios jurídicos del derecho común son de carácter complementario a las normas de contratación pública, siendo ello así es que al CONTRATO se le aplica también lo dispuesto en los artículos 1351, 1352, 1361, 1362 y 1373 del Código Civil, que establecen que el contrato es un acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídico patrimonial, que se perfecciona con el consentimiento de las mismas, y que estos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

ellos, además que los mismos se negocian, celebran y ejecutan según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

13. Así, a decir del DEMANDANTE, queda claro que son las condiciones establecidas en el CONTRATO, los documentos que lo integran, las normas especiales que se le aplican y los compromisos asumidos por las partes, las reglas que regulan la ejecución contractual que contiene los derechos y obligaciones que cada una de las partes se han comprometido a cumplir de manera recíproca y satisfactoria, en el marco de un deber de colaboración contractual latente durante toda la ejecución del CONTRATO. El DEMANDANTE refiere que, de no ser así, se quebrantaría el orden normal de la relación contractual, razón por la cual, la parte responsable de ésta ruptura, ya sea por su accionar o por su omisión, debe responder por su incumplimiento, surgiendo así una responsabilidad contractual, que obliga a indemnizar el daño ocasionado, tal como lo establece el artículo 1321 del Código Civil.
14. En palabras del DEMANDANTE, de acuerdo al artículo 1321 del Código Civil, si cualquiera de las partes falta al deber de colaboración contractual también se encuentra incurso en causal de incumplimiento y, por tanto, tendría que responder por el daño causado.
15. Por otro lado, el CONSORCIO indica que, conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho.
16. Al respecto señala el DEMANDANTE haber probado que la ENTIDAD aprobó, mediante Resolución Directoral N° 1268-2015-MTC/20, en parte la Ampliación de Plazo N° 22 por la ejecución del presupuesto adicional N° 8, habiendo incluido como gasto general variable por el plazo de 49 días necesario para la ejecución del mismo el monto de S/ 484,191.88 sin IGV, que equivale a un Gasto General Variable diario de S/ 9,881.47, cuando de acuerdo al CONTRATO, el Gasto General Variable diario asciende a la suma de S/ 49,955.11 más IGV, lo que ha conllevado a que el CONSORCIO deba permanecer un mayor período de tiempo en la obra sin que se le reconozca el gasto general variable que corresponde de acuerdo al CONTRATO, situación que considera que se constituye como una situación dañosa para

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

el CONSORCIO, a quien se le obliga a permanecer mayor tiempo en obra, sin tener derecho al reconocimiento del precio que contractualmente se establece por cada día de plazo necesario para la ejecución de la misma, debiendo recordarse que el precio es invariable; siendo que el gasto general variable forma parte integrante del precio del CONTRATO. En ese sentido, el DEMANDANTE manifiesta que el daño que le ha causado la ENTIDAD en este extremo corresponde al monto de S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV.

17. El DEMANDANTE refiere que, tal como lo señala el artículo 1362 del Código Civil, los contratos deben cumplirse según las reglas de la buena fe, lo cual supone que la ejecución de todo contrato siempre debe darse dentro de los límites objetivos de la lealtad, confianza y equidad.

**III.3 Acumulación de pretensiones**

**Ampliación de Plazo N° 24**

18. Mediante escrito N° 02 de sumilla "Acumulación de Pretensiones – Ampliación de Plazo N° 24", el DEMANDANTE formuló la acumulación de sus pretensiones con fecha 20 de julio de 2016 en los términos a continuación expuestos:

19. El CONSORCIO manifiesta que mediante Resolución Directoral N° 445-2016-MTC/20, de fecha 28 de junio de 2016, la ENTIDAD declaró procedente la solicitud del CONSORCIO por Ampliación de Plazo N° 24, solicitada para la aprobación del Presupuesto Adicional N° 09, reconociéndosele los cincuenta y cuatro (54) días calendario de ampliación de plazo solicitados, sin el reconocimiento de gastos generales para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 09.

20. En ese sentido, el DEMANDANTE precisa la materia controvertida consiste, en que se le reconozca los gastos generales variables ascendentes a S/ 2'682,704.56, incluido el IGV, por los 54 días de ampliación de plazo otorgados en la citada Resolución.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

**Ampliación de Plazo N° 27**

21. Posteriormente, con fecha 18 de agosto de 2016, el DEMANDANTE presentó el escrito N° 04, de sumilla "Acumulación de Pretensiones – Ampliación de Plazo N° 27".
22. El CONSORCIO sostiene que mediante Resolución Directoral N° 532-2016-MTC/20 de fecha 27 de julio del 2016, la ENTIDAD declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 27, solicitada por el impedimento de ejecución de partidas contractuales por la falta de aprobación de las partidas contenidas en la Prestación Adicional N° 10.
23. En ese sentido, el DEMANDANTE señala que la materia controvertida consiste en que se le reconozca los gastos generales variables ascendentes a S/ 2'770,510.68 (Dos millones setecientos setenta mil quinientos diez con 68/100 Soles), incluido el IGV.

**III.4 Fundamentos de derecho**

24. El CONSORCIO ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y en su REGLAMENTO; en el Código Civil del Perú, así como en los dispositivos supletorios de la LEY DE ARBITRAJE.

**IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIÓN**

25. Dentro del plazo otorgado, el DEMANDADO presentó el 18 de agosto de 2016 el escrito de sumilla "Contestamos demanda, formulo excepción", contestando a la demanda del CONSORCIO y formulando excepción, exponiendo los siguientes argumentos.

**IV.1 Fundamentos de hecho de la contestación a la demanda**

26. Previamente a responder el pronunciamiento del DEMANDANTE, la ENTIDAD precisó que durante el desarrollo de la obra, el porcentaje de incidencia acumulada de adicionales y deductivos es de 10.7 %.

27. Asimismo, presentó un resumen de los Presupuestos Adicionales y Deductivos Vinculantes de la Obra:

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

DESCRIPCION	CONTRATO PRINCIPAL 284,662,569.63			INCIDENCIA ACUMULADA CON 02 DECIMALES
	MONTOD DEL PRESUPUESTO (S/.)	INCIDENCIA		
		CON IGV	PARCIAL	
<b>PRESTACIONES ADICIONALES</b>	<b>36,659,579.78</b>			<b>12.88</b>
Prestación Adicional N° 01	4,200,228.09	1.48		1.48
Prestación Adicional N° 02	7,527,482.03	2.64		4.12
Prestación Adicional N° 03	878,060.87	0.31		4.43
Prestación Adicional N° 04	2,892,109.29	1.02		5.44
Prestación Adicional N° 05	4,522,303.20	1.59		7.03
Prestación Adicional N° 06	2,382,328.30	0.84		7.87
Prestación Adicional N° 07	2,750,735.52	0.97		8.84
Prestación Adicional N° 08	3,607,120.48	1.27		10.11
Prestación Adicional N° 09	3,451,224.23	1.21		11.32
Prestación Adicional N° 10	2,747,673.94	0.97		12.29
Prestación Adicional N° 11	0.00	0.00		12.29
<b>Prestación Adicional N° 12</b>	<b>1,700,313.83</b>	<b>0.59</b>		<b>12.88</b>
<b>DEDUCTIVOS VINCULANTES</b>	<b>6,202,337.69</b>			<b>2.17</b>
Presupuesto Deductivo N° 01	522,999.54	0.18		0.18
Presupuesto Deductivo N° 02	1,322,641.06	0.46		0.65
Presupuesto Deductivo N° 03	1,858,193.02	0.65		1.30
Presupuesto Deductivo N° 04	625,893.72	0.22		1.52
Presupuesto Deductivo N° 05	551,222.82	0.19		1.71
Presupuesto Deductivo N° 06	937,985.56	0.33		2.04
Presupuesto Deductivo N° 07	383,401.97	0.13		2.17
<b>TOTAL (ADICIONALES - DEDUCTIVOS VINCULANTES)</b>	<b>30,457,242.09</b>			<b>10.70</b>

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

**Prestación Adicional N° 8 y Ampliación de Plazo N° 22**

28. El DEMANDADO manifiesta que la Ampliación de Plazo N° 22 está referida a la ejecución del Adicional N° 8. Que debe considerarse que por Resolución Ministerial N° 621-2015-MTC/01.02, (29 de octubre de 2015), se resolvió aprobar el Presupuesto Adicional N° 8, por un monto ascendente a S/ 3'607,120.48 y se aprobó el Presupuesto Deductivo Vinculante N° 5, por la suma de S/ 551,222.82, cuyo porcentaje de incidencia acumulado contractual es de 8,40 %, respecto del monto del CONTRATO.
29. Mediante Carta N° 1528-2015-RO/CVSM, recibida el 13 de noviembre de 2015, el DEMANDADO indica que el CONSORCIO presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 por sesenta y nueve (69) días al Supervisor de Obra. Luego, refiere el DEMANDADO que mediante Carta N° 734-2015/AOB-JS-CSCJ, la Supervisión presentó el expediente de la Ampliación de Obra N° 22, formulada por el CONSORCIO, adjuntando el Informe Técnico-Legal en el que la Supervisión consideró a la solicitud de ampliación, parcialmente procedente otorgándole 49 de los 69 días calendarios solicitados por el DEMANDANTE.
30. Al respecto, la ENTIDAD señala que mediante Resolución N° 1268-2015-MTC/20, de fecha 4 de diciembre de 2015, se declaró procedente en parte el pedido de Ampliación de Plazo N° 22 del DEMANDANTE, a quien se le otorgó 49 (días calendario) sin el reconocimiento de gastos generales, debido a que estaban considerados en el Presupuesto del Adicional de Obra N° 8.
31. A decir del DEMANDADO, es en este escenario que el CONSORCIO somete a controversia la Ampliación de Plazo N° 22 relacionada con la ejecución de un adicional de obra, solicitando el pago de los gastos generales que le fueron denegados por encontrarse previstos en el Presupuesto del Adicional N° 8.
32. Es ese contexto, la ENTIDAD manifiesta que el cuestionamiento del DEMANDANTE no está referido a los días otorgados por el DEMANDADO, sino únicamente a que se haya otorgado la ampliación de 49 días sin reconocimiento de los gastos generales variables.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

**De la primera pretensión principal**

33. La ENTIDAD refiere que el CONSORCIO, contradictoriamente, pide que se le reconozcan los mayores Gastos Generales Variables por los 49 días calendario otorgados por la Ampliación de Plazo N° 22 y, al mismo tiempo, arguye que este pedido de ampliación sí se encuentra inmerso en el supuesto de excepción –el cual señala claramente que las ampliaciones de plazo que deriven de prestaciones adicionales no dan lugar al pago de gastos generales variables– del artículo 202 del REGLAMENTO.
34. Así, a decir del DEMANDADO, existe una contradicción en el pedido del DEMANDANTE respecto a su propio alegato, toda vez que pide el reconocimiento de Gastos Generales Variables para el caso de una Ampliación de Plazo que deriva de la ejecución de un Adicional, pese a que la normativa en contrataciones señala que no hay pago de los gastos generales variables para ese caso.
35. En el presente caso, la ENTIDAD sostiene que, tratándose de una Ampliación de Plazo que invoca la causal de ejecución de un adicional, no existe el reconocimiento de gastos generales variables, siendo que ellos ya han sido pagados en el Presupuesto Adicional que los produce.
36. En consecuencia, la ENTIDAD manifiesta que, dado que los gastos generales variables, solicitados referidos a la Ampliación de Plazo N° 22 en la demanda del CONSORCIO, ya han sido reconocidos y se encuentran cubiertos en el Presupuesto Adicional de Obra N° 8, no corresponde amparar dicha pretensión.
37. Por otro lado, el DEMANDADO indica que, respecto a la supuesta variación del precio pactado contractualmente, el Tribunal Arbitral debe considerar que el CONSORCIO está calculando los gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 22, con relación al gasto general diario del CONTRATO, mas no del gasto general diario correspondiente Presupuesto Adicional de Obra N° 8.
38. Así, afirma la ENTIDAD, este proceder del DEMANDANTE es muy grave porque las ampliaciones de plazo en controversia fueron otorgadas para ejecutar

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdívieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

partidas de adicionales, pero no del CONTRATO, en cuyo caso distinto al del presente proceso arbitral, el argumento del DEMANDANTE podría tener algún tipo de incidencia. Sin embargo, precisa el DEMANDADO, en el caso materia de controversia, no existe supuesto legal que ampare lo mencionado por dicha parte.

**De la pretensión subordinada a la primera pretensión principal**

39. La ENTIDAD precisa que una pretensión que derive en una indemnización de daños debe estar sustentada en un daño cierto, directo y específico, el mismo que en el presente caso no ha sido probado porque no existe, toda vez que el DEMANDANTE no ha logrado determinar cuál sería el incumplimiento del DEMANDADO, ni cuál es la situación dañosa y si la afectación le es imputable a la ENTIDAD.

40. Asimismo, a decir del DEMANDADO, la obligación de indemnizar se encuentra asociada a un incumplimiento de la contraparte; sin embargo, no podría atribuirse incumplimiento alguno a la ENTIDAD por el cumplimiento expreso de la norma. Así, siguiendo la línea de argumentación del DEMANDANTE, el DEMANDADO se cuestiona si califica como incumplimiento suyo el no conceder el pago de los gastos generales variables. Dicho cuestionamiento, sostiene, llevaría al siguiente escenario: "¿el acatar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 201 del REGLAMENTO—que refiere que no procede pago de gastos generales variables cuando la ampliación deviene de una prestación adicional— constituye incumplimiento?"

41. En palabras del DEMANDADO, la posición del CONSORCIO "no resiste el mínimo análisis y tampoco se encuentra sustentado en supuesto normativo alguno". Es así como el DEMANDADO concluye que el no conceder el pago de los Gastos Generales Variables por sujeción a lo regulado en la LEY y el REGLAMENTO no puede ser calificado como un incumplimiento por parte de la ENTIDAD. Antes bien, agrega el DEMANDADO, debe verificarse el mal proceder del DEMANDANTE que conociendo lo expresado por la norma pretende un pago indebido.

42. Sumado a ello, el DEMANDADO señala que el CONSORCIO no ha cumplido con establecer los requisitos legales que se requieren para que la

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

indemnización siquiera sea objeto de análisis por parte del colegiado. Estos, a decir de la ENTIDAD, son: la imputabilidad, la ilicitud o antijuridicidad, el factor de atribución, el nexos causal y el daño.

43. La ENTIDAD expresa que las partes deben cumplir deberes que entre sí se traduzcan en buena fe contractual. Sin embargo, resalta el DEMANDADO que dicho principio se quebranta cuando el DEMANDANTE pretende un pago que por ley ha sido determinado que no le asiste, atribuyéndole responsabilidad y falta de cumplimiento a la ENTIDAD, cuando ésta última ha ejercido actuación en sujeción a lo dispuesto en el artículo 201 del REGLAMENTO.

44. Por lo expuesto, el DEMANDADO refiere que, siendo que el CONSORCIO ha solicitado el reconocimiento de un supuesto daño que no ha sido identificado, ni mucho menos probado y, por último, no ha cumplido con realizar el análisis de responsabilidad de daños, que en el supuesto que existan, se pruebe que son imputables a la ENTIDAD, solicita que la pretensión sea declarada infundada.

**IV.2 De la excepción de incompetencia**

 45. A decir del DEMANDADO, es evidente que lo que el CONSORCIO pretende controvertir en sí es el propio Presupuesto Adicional N° 8, hecho que está proscrito por la normativa de contrataciones, la cual indica que es materia no arbitrable las controversias referidas a Presupuestos Adicionales.

46. La ENTIDAD sostiene que el Tribunal Arbitral debe ponderar que, de acuerdo al artículo 41.5 de la LEY, se establece que las controversias referidas a la dación o aprobación de Presupuestos Adicionales -ya sean estos por parte de la misma entidad o por parte de la Contraloría General de la República- no pueden ser materia de arbitraje; ello sumado a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 202 del REGLAMENTO. 

47. El DEMANDADO alega que la pretensión materia de demanda debe ser declarada infundada, toda vez que se pretende que el colegiado se atribuya competencia respecto de un adicional de obra, lo cual contraviene el ordenamiento. 

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdívieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

48. La ENTIDAD sostiene que su posición, "en resguardo de la sujeción al ordenamiento", también ha merecido la misma interpretación por parte de diversos Tribunales Arbitrales, con laudos reiterativos que han resuelto controversias similares y han optado por declararse incompetentes bajo una correcta interpretación del artículo 41.5 de la LEY.
49. Es a raíz de lo alegado por el DEMANDADO que éste considera pertinente plantear la excepción de incompetencia por materia no arbitrable. Aduce que ha quedado demostrado que al pretender el reconocimiento de los Gastos Generales Variables de la Ampliación de Plazo N° 22, se terminaría discutiendo y modificando la Resolución que aprobó el Presupuesto Adicional N° 8.

**IV.3 Fundamentos de derecho**

50. El DEMANDADO ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y en su REGLAMENTO, así como en los dispositivos supletorios de la LEY DE ARBITRAJE.

**V. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y DE LA AMPLIACIÓN DE DEMANDA DEL CONSORCIO**

**De la contestación a la deducción de excepción de incompetencia**

51. Con fecha 22 de septiembre de 2016, el CONSORCIO procedió a dar respuesta a la deducción de excepción de incompetencia formulada por el DEMANDADO, mediante escrito N° 06 de sumilla "Absuelve traslado de Excepción de Incompetencia".
52. Así, el DEMANDANTE señala que "de manera incomprensible", la ENTIDAD alega que en este caso el Tribunal Arbitral sería incompetente para conocer, debido a que supuestamente se estaría arbitrando la decisión de la ENTIDAD de aprobar o no la ejecución de un presupuesto adicional.
53. Al respecto, el CONSORCIO indica que, de acuerdo a una incorrecta lectura del artículo 202 del REGLAMENTO por parte del DEMANDADO, éste interpretaría que no corresponde el pago de mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo derivadas de la ejecución de prestaciones

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

adicional de obra, cuando de acuerdo a lo previsto en el primer párrafo del artículo 202 del REGLAMENTO, lo que se establece es que en el caso de ampliaciones de plazo por prestaciones adicionales no corresponde el gasto general variable resultante de multiplicar el número de días por el gasto general variable diario. Es decir, precisa el CONSORCIO, la excepción establecida en dicho precepto legal se refiere a la forma de cálculo del gasto general por la ampliación de plazo, pero bajo ningún concepto al derecho al cobro de mayores gastos generales que le corresponde al contratista como consecuencia de ampliaciones de plazo, toda vez que esto atentaría directamente contra la invariabilidad del precio del CONTRATO.

54. En ese sentido, el CONSORCIO manifiesta que el fundamento alegado por la ENTIDAD, esto es el plantear la excepción de incompetencia, no tiene sustento alguno, toda vez que dicha excepción se fundamenta en la restricción prevista en el numeral 5 del artículo 41 de la LEY, respecto de someter al fuero arbitral la aprobación o desaprobación de presupuestos adicionales, materia que en el presente caso no es objeto de controversia.

**De los fundamentos de hecho de la ampliación de demanda**

55. Con escrito de fecha 22 de septiembre de 2016, el DEMANDANTE presentó el escrito N° 07 de sumilla "Ampliación de Plazo N° 24 Acumulado".

**Primera pretensión principal.-** Que el Tribunal Arbitral reconozca a favor del DEMANDANTE y ordene a la ENTIDAD el pago en concepto de mayores gastos generales por la Ampliación de Plazo N° 24, aprobada mediante Resolución Directoral N° 445-2016-MTC/20, del monto de S/ 3'051,935.64 (Tres millones seiscientos ochenta y dos mil setecientos cuatro con 56/100 Soles), incluido el IGV, más los interés que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago.

56. EL CONSORCIO sostiene que, siendo el presente un arbitraje de derecho, corresponde al Tribunal garantizar a las partes el mantener inalterable la estructura del precio del CONTRATO, para lo cual será necesario remitirse a lo establecido en el primer párrafo del artículo 203 del REGLAMENTO, a

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

efectos de definir con carácter legamente vinculante cómo se calculan los costos indirectos variables diarios, denominados y calificados por la LEY, como gastos generales diarios.

57. En atención a lo dispuesto por la norma antes mencionada, el DEMANDANTE manifiesta que se puede señalar como premisa que "el gasto general diario" se calculará dividiendo los gastos generales del contrato entre el número de días del plazo contractual, siendo esta la manera como legalmente se obtiene y determina el valor de los gastos generales variables del contratista en la ejecución de la obra. Por lo que el referido costo, o precio unitario, deberá mantenerse inmutable durante la vigencia del CONTRATO, en garantía de los atributos legales que posee y reviste al precio de la obra ofertada por el CONSORCIO y aceptada por la ENTIDAD.
58. Consecuentemente, el DEMANDANTE refiere que los gastos generales variables diarios, que legalmente se pagan por cada día de ejecución de obra correspondiente al plazo primigeniamente pactado, deberán ser los mismos que los pagados por cada día de ejecución de obra correspondiente al plazo ampliado o prorrogado por la ENTIDAD.
59. En tal sentido, el DEMANDANTE sostiene que, de acuerdo a la ley, se deberán reconocer los gastos generales variables que se han producido como consecuencia de las ampliaciones de plazo generadas por la ejecución de presupuestos adicionales de obra, los que deberán coincidir con el precio que adopta el gasto general variable diario del CONTRATO, sin que deba considerarse a efectos de la determinación del gasto general la causa que generó la ampliación del plazo, sino simplemente el mayor plazo de obra conferido y la consecuente existencia de mayores gastos generales por dicho plazo.
60. El CONSORCIO alega que, al existir un gasto general variable diario del CONTRATO que no es oponible y es vinculante para las partes contratantes, el monto de gasto general diario que se debe otorgar al CONSORCIO, en concepto de Gasto General Diario, por las ampliaciones de plazo derivadas de la ejecución de los Presupuestos Adicionales, ascienden a la suma de S/ 49.955.11 sin IGV, por día.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

61. En palabras del DEMANDANTE, corresponde que los gastos generales variables derivados de la Ampliación de Plazo N° 24, reconocida por la ENTIDAD en el presente CONTRATO por 54 días calendario, deban liquidarse teniendo en cuenta el gasto general variable diario del CONTRATO, ascendente a la suma S/ 49,955.11 más IGV, de cuyo monto deberán deducirse a efectos de evitar el doble pago, aquellos gastos generales variables incluidos y reconocidos en el Presupuesto Adicional N° 09, cuya ejecución fue la causal en virtud de la cual la ENTIDAD ordenó la prórroga de plazo.
62. En ese sentido, el DEMANDANTE concluye que el monto correspondiente a los Gastos Generales Variables por los 54 días de ampliación, reconocidos en la Ampliación de Plazo N° 24 que les corresponde de acuerdo a derecho, asciende a S/ 3'051,935.64 (Tres millones seiscientos ochenta y dos mil setecientos cuatro con 56/100 Soles), incluido IGV, que resulta de deducir del Gasto General Contractual por los 54 días de Ampliación de Plazo el monto que fue incluido en el Presupuesto Adicional N° 09 en concepto de gastos generales variables.

**VI. CONTESTACIÓN A LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES**

63. La ENTIDAD, con fecha 30 de noviembre de 2016, presentó el escrito N° "Correlativo" de sumilla "Contesto acumulación", mediante el cual cumplió con contestar a acumulación de pretensiones presentada por el CONSORCIO. A su vez, emitió respuesta en relación a lo expuesto por el CONSORCIO respecto a la deducción de excepción de incompetencia.

**De la excepción de incompetencia correspondiente a la Ampliación de Plazo N° 24**

64. En palabras del DEMANDADO, el CONSORCIO pretende controvertir parcialmente la Resolución Directoral N° 445-2016-MTC/20, la misma que se pronuncia sobre el pedido de Ampliación de Plazo N° 24. Agrega que, por un lado, el DEMANDANTE sí está de acuerdo con los 54 días calendarios otorgados para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 9, pero no con el extremo de que haya sido sin reconocimiento de Mayores Gastos Generales.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

65. Al respecto, el DEMANDADO refiere que lo que realmente controvierte el CONSORDIO es la forma en cómo fue calculado el Gasto General Variable del propio Presupuesto Adicional N° 9. La ENTIDAD sostiene que tan cierto es lo precisado que el monto final pretendido por el DEMANDANTE es S/ 3'051,935.64, el cual es el resultado del aparente correcto cálculo de los Gastos Generales Variables, consignados en el propio Presupuesto Adicional N° 9, hecho que está proscrito por la normativa de contrataciones, puesto que se trata de inarbitrabilidad objetiva.

66. El DEMANDADO alega que el solo hecho de amparar en parte o totalmente la pretensión que versa sobre la Ampliación de Plazo que se otorgó a para la ejecución de un Adicional ("es decir, sin reconocimiento de Gastos Generales Variables"), indirectamente modificaría la resolución que aprobó el Adicional de Obra N° 9 y ello contravendría la normativa que ha establecido que no son arbitrables las controversias derivadas de los adicionales de obra. Por lo que no aplicar esta restricción, afirma el DEMANDADO, generaría la nulidad del laudo a emitirse.

67. En tal sentido, el DEMANDADO refiere que, en atención a las consideraciones esbozadas, estima pertinente plantear la excepción de incompetencia por materia no arbitrable, siendo que ha quedado demostrado que al pretender el reconocimiento de los Gastos Generales Variables de la Ampliación de Plazo N° 24, se terminaría discutiendo y modificando la Resolución que aprobó el Presupuesto Adicional N° 9.

**De las pretensiones acumuladas**

*Pretensión sobre el pedido de reconocimiento de los Gastos Generales Variables de los días otorgados en la Ampliación de Plazo N° 24 para ejecutar el Presupuesto Adicional N° 9 – S/ 3'051,935.64*

68. La ENTIDAD alega que el DEMANDANTE, "contradictoriamente", solicita que se le reconozcan los mayores Gastos Generales Variables por los 54 días calendario otorgados por la Ampliación de Plazo N° 24. Sin embargo, precisa el DEMANDADO que dicha pretensión sí se encuentra inmersa en el supuesto de excepción ("el cual señala claramente que las ampliaciones de plazo

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

que deriven de prestaciones adicionales no dan lugar al pago de gatos generales variables") del artículo 202 del REGLAMENTO.

69. La ENTIDAD asegura que existe una evidente contradicción en el pedido del DEMANDANTE respecto a su propio alegato, pues demanda el reconocimiento de los Gastos Generales Variables para el caso de una ampliación de plazo que deriva de la ejecución de un Adicional, aun cuando la normativa en contrataciones señala que no habrá pago de los gastos generales variables para ese caso.
70. Así, en palabras del DEMANDADO, corresponde advertir que el artículo 202 del REGLAMENTO señala que existe un supuesto general y un solo supuesto de excepción.
71. En tal sentido, para la ENTIDAD en el presente caso, tratándose de una ampliación de plazo que invoca la causal de ejecución de un adicional, no existe el reconocimiento de gastos generales variables, siendo que ellos ya han sido pagados en el Presupuesto Adicional que los produce.
72. La ENTIDAD refiere que su interpretación es la correcta, la misma que también asume OSCE, a la cual el DEMANDADO señala que en diversas opiniones sobre el artículo 202 del REGLAMENTO, como la Opinión N° 139-2009/DTN, Opinión N° 186-2015/DTN, Opinión N° 004-2014/DTN, entre otras, resguardan la legalidad y determinan que no es posible pagar gastos generales en una ampliación de plazo que deviene de un adicional. En ese sentido el DEMANDADO indica que es preciso hacer énfasis en la Opinión N° 026-2014/DTN en la que se sustenta la interpretación de PROVÍAS, sino que además señala que el gasto general reconocido será el de presupuesto adicional y no del presupuesto del contrato.
73. Así, la ENTIDAD, sobre la supuesta variación del precio pactado contractualmente, manifiesta que otro punto a considerar es que el hecho que el CONSORCIO está calculando los gastos generales de la Ampliación de Plazo N° 24, respecto del gasto general diario del CONTRATO, pero no lo concerniente al gasto general diario del correspondiente Presupuesto Adicional de Obra N° 9, lo cual es incorrecto pues contraviene lo dispuesto en el artículo 207 del REGLAMENTO.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

74. Lo anterior expuesto, a decir del DEMANDADO, es grave puesto que la ampliación de plazo controvertida se dio para ejecutar partidas de un presupuesto adicional, mas no del CONTRATO. Por lo tanto, la ENTIDAD refiere que no corresponde para el cálculo de mayores gastos generales el precio del CONTRATO, sino el del propio presupuesto adicional como lo ordena el artículo 207 del REGLAMENTO.

**VII. DE LA RESPUESTA A LA DEDUCCIÓN DE EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA RESPECTO A LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 24**

75. El CONSORCIO, con fecha 27 de febrero de 2017, presentó el escrito N° 13 de sumilla "Absuelve traslado de Excepción de Incompetencia", a través del cual cumplió con emitir respuesta a la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD.

76. Así, el CONSORCIO alega que, "definitivamente, no se está planteando como materia controvertida ni directa ni indirectamente, que se varíe la forma en la que ha sido calculado el Gasto General Variable del Presupuesto Adicional N° 09". El DEMANDANTE refiere que lo que se busca es que el Plazo Adicional generado tenga la consecuencia que le otorga la normativa de contrataciones a las ampliaciones de plazo en general, que es el derecho al pago de mayores gastos generales variables, independientemente de la causal que genere dicha ampliación de plazo.

77. Es así que el DEMANDANTE señala que la excepción de incompetencia planteada por la ENTIDAD no tiene sustento alguno, toda vez que dicha excepción se fundamenta en la restricción prevista en el numeral 5 del artículo 41 de la LEY, respecto de someter al fuero arbitral la aprobación o desaprobación de presupuestos adicionales, materia que en el presente caso no es objeto de controversias.

**VIII. DEL PROCESO ARBITRAL**

**VIII.1 De la determinación de puntos controvertidos**

78. Con fecha 6 de febrero de 2017 se emitió la Resolución N° 21, en la cual el Tribunal Arbitral estableció, conforme a lo dispuesto en el artículo Cuarto de

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

la parte resolutive de la Resolución N° 141, y sin perjuicio del traslado de la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD, los puntos controvertidos sobre la base de las pretensiones planteadas por las partes, respecto a los cuales señaló emitiría una decisión final en la oportunidad de expedir el laudo, en los siguientes términos:

**DEL CONSORCIO**

**Primer punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene al DEMANDADO pagar al CONSORCIO los gastos generales de los cuarenta y nueve (49) días calendario otorgados en la Resolución Directoral N° 1268-2015-MTC/20, para la ejecución del Presupuesto Adicional N° 08, ascendentes a S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago.

**Segundo punto controvertido.-** En caso se desestime el Primer punto controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene al DEMANDADO pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/ 2'576,249.89 (Dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y nueve con 89/100 Soles), incluido el IGV, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados al CONSORCIO como consecuencia del incumplimiento por parte de la ENTIDAD de sus obligaciones contractuales, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que se produjo el daño, hasta la fecha de pago efectivo de la indemnización.

**Tercero punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene al DEMANDADO pagar al CONSORCIO los gastos generales de los cincuenta y cuatro (54) días calendario otorgados en la Resolución Directoral N° 445-2016-MTC/20, ascendentes a S/ 3'051,935.64 (Tres millones cincuenta y un mil

<sup>1</sup> "CUARTO: Recibidas o no las propuestas de puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral mediante resolución, procederá a fijar los puntos controvertidos y admitir los medios de prueba ofrecidos por las partes, así como convocarlas a una Audiencia de Ilustración de Hechos y Aspectos Técnicos."

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

novecientos treinta y cinco con 64/100 Soles), incluido el IGV, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago.

**Costos y costas del proceso**

79. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral señaló que deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos del proceso y su posible condena.
80. A su vez, conforme a lo dispuesto en la regla 29 del acta de la Audiencia de Instalación, el Tribunal Arbitral precisó a las partes que los medios de prueba presentados por cada una de ellas, al no haber sido cuestionados en su oportunidad, se encontraban incorporados a los actuados, según el siguiente detalle:

**Del CONSORCIO:**

- Escrito N° 1 con sumilla "Demanda", ingresado el 8 de junio de 2016.  
Los medios probatorios documentales ofrecidos en el rubro "IV. Medios Probatorios".
-  → Escrito N° 6 con sumilla "Absuelve traslado de excepción de incompetencia", ingresado el 22 de septiembre de 2016.  
Los medios probatorios documentales que acompaña.
- Escrito N° 7 con sumilla "Ampliación de Plazo N° 24 acumulado", ingresado el 22 de septiembre de 2016  
Los medios probatorios documentales ofrecidos en el rubro "IV. Medios Probatorios". 

**DE LA ENTIDAD:**

- Escrito con sumilla "Contestamos demanda, formulo excepción", ingresado el 18 de agosto de 2016  
Los medios probatorios documentales ofrecidos en el rubro "VIII. Medios Probatorios y Anexos". 

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

→ Escrito con sumilla "Contesto Acumulación", ingresado el 30 de noviembre de 2016

Los medios probatorios documentales ofrecidos en el rubro "V. Medios Probatorios y Anexos".

**VIII.2 Tramitación posterior y alegatos**

81. Con fecha 20 de abril de 2017 se llevó a cabo, con presencia de los representantes de ambas partes, la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos en la que se otorgó el uso de la palabra tanto al CONSORCIO como a la ENTIDAD, a fin de que expusieran sus argumentos sobre los puntos controvertidos.
82. Conforme a lo resuelto en la Resolución N° 28, de fecha 11 de julio de 2017, tanto el CONSORCIO como la ENTIDAD, mediante el escrito de sumilla "Presentamos alegatos y otros" y el escrito de sumilla "Presenta alegatos escritos", respectivamente, presentaron sus alegaciones por escrito.
83. Con fecha 15 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la que los representantes del CONSORCIO como de la ENTIDAD tuvieron el uso de la palabra a fin de exponer sus alegaciones, contando así con tiempo adicional para la réplica y dúplica.
84. Finalmente, de acuerdo a lo resuelto en la Resolución N° 34, de fecha 14 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles, venciendo éste en la fecha 1 de febrero de 2018.

**IX. CONSIDERANDO**

**IX.1 Cuestiones preliminares**

85. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdívieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

iii) El CONSORCIO presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto, como también hizo lo propio con los escritos relativos a la acumulación de pretensiones y contestación a la deducción de excepción de incompetencia.

iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y la acumulación de pretensiones, contestando los escritos relativos a dichos actos; asimismo, dedujo excepción de incompetencia.

v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Ejercieron la facultad de presentar alegatos por escrito y tuvieron oportunidad de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.

vii) El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este arbitraje.

86. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

87. En tal sentido corresponde que el Tribunal Arbitral desarrolle su análisis sobre las materias de pronunciamiento que conforman las controversias debatidas en el presente proceso arbitral.

**IX.2 Excepción de Incompetencia**

88. Como se ha expuesto en los vistos, la ENTIDAD ha deducido excepción de incompetencia respecto a las pretensiones de la demanda referidas a las reclamaciones de mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo N° 22 y 24.

89. Para el Demandado las indicadas ampliaciones se otorgaron para la ejecución de los Presupuestos Adicionales N° 8 y N° 9, los cuales incluyen en

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

sus presupuestos el reconocimiento de sus propios Gastos Generales Variables. Por ello, dicha parte considera que las ampliaciones de plazo solicitadas están directamente vinculadas a la aprobación de esos presupuestos adicionales, lo que reviste que el CONSORCIO lo que realmente controvierte es la forma en cómo fue calculado el Gasto General Variable de cada Presupuesto Adicional N° 8 y N° 9, de manera que el monto pretendido sería el resultado de lo que el Demandante entiende que es el correcto cálculo de los Gastos Generales Variables del presupuesto adicional en cuestión.

90. En razón de esa apreciación, para la ENTIDAD lo que el CONSORCIO pretende controvertir en sí son los Presupuestos Adicionales N°8 y N°9, hecho que está proscrito por la normativa de contrataciones, la cual indica que es materia no arbitrable las controversias referidas a Presupuestos Adicionales. Así, el artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que las controversias referidas a la dación o aprobación de Presupuestos Adicionales -ya sean estos por parte de la entidad o por parte de la Contraloría General de la República- no pueden ser materia de arbitraje. De ahí que el Demandado postula que las materias de las pretensiones de la demanda no son arbitrables, y se pretende que el Colegiado se atribuya competencia respecto de adicionales de obra, lo cual contraviene el ordenamiento legal.

91. El Demandado alega que las pretensiones del CONSORCIO implican indirectamente alterar la decisión de la ENTIDAD relacionada con la aprobación del adicional de obra, puesto que, al pretender el reconocimiento de los gastos generales variables de las ampliaciones de plazo, se terminaría discutiendo y modificando las Resoluciones que aprobaron los Presupuestos Adicionales N° 8 y N° 9. Entiende que el solo hecho de amparar en parte o totalmente la pretensión que versa sobre las ampliaciones de plazo N° 22 y N° 24 que se otorgaron para la ejecución de los adicionales N° 8 y N° 9, contraviene lo dispuesto en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, dado que los adicionales de obra son materia no arbitrable, y de no aplicar esta restricción se generaría la nulidad del laudo a emitirse.

92. Por otra parte, el CONSORCIO enfatiza que las Resoluciones por las cuales se aprobaron los Presupuestos Adicionales N° 8 y N° 9 no han sido sometidas a

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

controversia en virtud del presente arbitraje, ni de ningún otro, de forma tal que en el presente caso la aprobación de dichos presupuestos adicionales, o los montos por el cual se aprobaron no son objeto de controversia.

93. El Demandante precisa que los supuestos de aprobación de presupuestos adicionales y de ampliaciones de plazo son distintos y generan efectos diferentes, por lo que se regulan por artículos legales y reglamentarios independientes.
94. El CONSORCIO entiende que la materia controvertida no está referida a la aprobación o denegación de un presupuesto adicional, sino a si como consecuencia de una ampliación de plazo aprobada por la ENTIDAD en aplicación del procedimiento contenido en el artículo 201 del Reglamento, corresponde o no el pago de mayores gastos generales variables.
95. La excepción de incompetencia opuesta por la ENTIDAD se fundamenta en que para dicha parte las pretensiones sometidas por el CONSORCIO al presente arbitraje versan sobre materia no arbitrable.
96. A efecto de dilucidar este cuestionamiento, el Tribunal Arbitral tiene que hacer dos tipos de análisis, uno conceptual sobre las materias no arbitrables conforme al marco de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al presente caso, y el segundo, específico respecto de la naturaleza de la pretensión del DEMANDANTE.
97. En cuanto al primer nivel de análisis, sobre la determinación de las materias arbitrables o no, siguiendo a CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA<sup>2</sup> cabe recordar que la arbitrabilidad puede definirse bajo dos criterios, uno positivo y otro negativo. En virtud del primero, se habilita a las partes a someter a arbitraje las materias sobre las que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Bajo el segundo, se dispone prohibiciones expresas para recurrir a la vía del arbitraje en caso de una controversia.
98. Así, el criterio positivo postula un sistema abierto e inclusivo, mientras que el criterio negativo es de naturaleza cerrada y excluyente.

<sup>2</sup> MARIO CASTILLO FREYRE-RITA SABROSO MINAYA: "EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA". Palestra. Lima. 2009. Página 44.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

99. Tal como señalan dichos autores, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) no especifica ni enumera cuáles son los derechos contractuales de libre disposición en el marco de la contratación pública.

100. La LCE adopta ambos criterios. Por un lado, el positivo contenido en el primer párrafo del artículo 52.1 del referido dispositivo legal, en el que se contempla una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de "controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato".

101. De otro lado, también la LCE prevé el criterio negativo al excluir como materia arbitrable en el artículo 41.5°: "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales" y "las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República".

102. En la medida que se trata de una norma de excepción que restringe derechos, su interpretación no puede ser extensiva, sino restrictiva. Ello conlleva que su aplicación queda restringida a los supuestos puntuales bajo los cuales se ha adoptado el criterio negativo. Consecuentemente, la materia no arbitrable queda configurada por el texto expreso de la LCE a los dos supuestos:

- "La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales"
- "las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República"

103. De esa manera, si la controversia no está referida a esas materias no puede concluirse que las pretensiones no son arbitrables.

104. En ese sentido corresponde que el Tribunal analice las materias que en virtud de las pretensiones demandadas han sido sometidas al presente arbitraje.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

105. Al respecto, el Tribunal verifica que las pretensiones principales contenidas en la Demanda no están destinadas a cuestionar o contradecir decisiones de la ENTIDAD ni de la Contraloría sobre la aprobación o no de la ejecución de prestaciones adicionales. En razón de ello, el Árbitro Único entiende que en el presente proceso arbitral no se está violando la prohibición del artículo 41.5° de la LCE, por cuanto con la demanda no se pretende aprobar mediante arbitraje adicionales no decididos o rechazados por la Contraloría o la ENTIDAD
106. En efecto, la causa pretendida tiene por finalidad que se revise la decisión de la ENTIDAD respecto de los efectos que producen las Ampliaciones de Plazo N° 22 y N° 24, esto es, la controversia radica en determinar si dichas ampliaciones dan lugar o no al reconocimiento de mayores gastos generales.
107. Esto es, el CONSORCIO cuestiona en este arbitraje el criterio de interpretación usado por la ENTIDAD sobre la salvedad a la que alude la parte final del primer párrafo del Artículo 202° del Reglamento de la LCE, según el cual, 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 diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos. Para el CONSORCIO, no se le ha reconocido correctamente los gastos generales variables diarios que le corresponderían en aquellas ampliaciones de plazo en donde la causal que la sustente sea la de ejecución de obra adicional que cuenta con presupuesto específico que haya incluido los gastos generales.
108. De ahí que la materia controvertida resulta arbitrable puesto que está contemplada en el primer párrafo del artículo 52.1 de la LCE, en el que se contempla una enumeración de las materias arbitrables en los aspectos puntuales de "*controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato*".
109. Atendiendo a todas las consideraciones expuestas en el análisis del presente punto controvertido, el Tribunal Arbitral tiene la convicción que la Excepción

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

de Incompetencia deducida por la ENTIDAD debe ser declarada INFUNDADA.

**IX.3 Primera pretensión principal de la Demanda**

**“QUE SE RECONOZCA Y SE ORDENE A LA ENTIDAD EL PAGO DE LOS GASTOS GENERALES DE LOS CUARENTA Y NUEVE (49) DÍAS CALENDARIO OTORGADOS EN LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1268-2015-MTC/20, PARA LA EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO ADICIONAL N° 08, ASCENDENTES A S/ 2'576,249.89 (DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 89/100 SOLES), INCLUIDO EL IGV, MÁS LOS INTERESES DEVENGADOS DESDE LA FECHA EN QUE DEBIERON SER CANCELADOS DICHS GASTOS GENERALES HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO”.**

110. El CONSORCIO somete a controversia el reconocimiento de gastos generales variables como consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 22, pues asume que la ENTIDAD ha aplicado incorrectamente la salvedad a la que alude la parte final del primer párrafo del artículo 202 del Reglamento de la LCE.
111. El Demandante entiende que debe interpretarse esa salvedad como la voluntad del legislador de no efectuar un doble reconocimiento y pago de gastos generales en aquellos supuestos en donde la causal que sustenta la prórroga tiene a su vez incluidos los gastos generales variables diarios, como sucede en el caso de los presupuestos de obra adicional, por lo que su cálculo deberá efectuarse de un modo diferente a las demás causales, sin desvirtuar la invariabilidad del precio correspondiente a los gastos generales variables diarios del contrato, a efectos de no ocasionar perjuicio a ninguna de las partes contratantes.
112. Así, dicha parte interpreta que el mecanismo que debe aplicarse para proceder al reconocimiento de gastos generales variables diarios en aquellas ampliaciones de plazo en donde la causal que la sustente sea la de ejecución de obra adicional que cuente con presupuesto específico que haya incluido los gastos generales, será el de descontar el monto correspondiente a los gastos generales variables diarios ya reconocidos en el referido presupuesto adicional, del monto correspondiente al gasto general diario contractual que se hubiera generado por el plazo ampliado,

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

mecanismo que por un lado garantiza que la ENTIDAD no se vea lesionada por un doble pago de gastos generales variables y, por el otro, que se mantenga la invariabilidad del precio que de acuerdo a lo pactado en el contrato corresponde y el contratista no deba someterse a ampliaciones de plazo con un gasto general menor al que corresponde de acuerdo al precio pactado contractualmente.

113. Por su parte, la ENTIDAD considera que no cabe el reconocimiento de gastos generales variables adicionales a los considerados en el Presupuesto Adicional N° 8, habida cuenta que el artículo 202 del Reglamento de la LCE expresamente contempla como excepción que las ampliaciones de plazo que se deriven de prestaciones adicionales "no dan lugar al pago de gastos generales variables". El Demandado considera que ha procedido correctamente, puesto que la normatividad de contratación pública establece en forma expresa y clara que la ampliación de plazo generada para la ejecución de un adicional de obra se otorga sin el reconocimiento de gastos generales, y no establece la posibilidad que las partes pacten en contrario, toda vez que lo que se cautela son fondos públicos. Por ello, en el caso de la Ampliación de Plazo N° 22, tratándose de una ampliación de plazo que invoca la causal de ejecución de un adicional (N° 8), no existe el reconocimiento de gastos generales variables, siendo que ellos ya han sido pagados en el Presupuesto Adicional que los produce.

114. En este extremo el Tribunal aprecia que la controversia entre las partes radica en la interpretación discrepante que hacen respecto a la parte final del primer párrafo del artículo 202 del Reglamento de la LCE:

*"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 los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos de prestaciones adicionales de obra". (Subrayado nuestro)*

115. Como se señaló, el Demandante postula que se debe interpretar -en concordancia con los principios legales que garantizan la invariabilidad del

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

precio- la última parte de la norma antes mencionada, sosteniendo que el gasto general variable diario del contrato es siempre legalmente el mismo, independientemente de la causal que sustenta la ampliación de plazo del cual aquel se deriva, y por lo tanto, la salvedad existe para descontar del gasto general variable que corresponde por la extensión de plazo, lo pagado en el Presupuesto Adicional por ese concepto. Ello en razón a que los gastos generales variables, estarían parcialmente incluidos en el presupuesto específico del adicional aprobado por la propia Entidad.

116. De esa manera, para el CONSORCIO, el efecto de toda ampliación de plazo es que se reconozca el gasto general variable diario del contrato por el periodo ampliado, y lo que pretende establecer la parte final del primer párrafo de la norma antes mencionado, es que el Contratista no obtenga de forma indebida un doble pago por concepto de gastos generales variables, en la medida que ésta podría obtener el reconocimiento simultáneo de los referidos "gastos", tanto a través de la prórroga de plazo que eventualmente se le conceda, en atención a la ejecución de la obra adicional que le sirve de sustento o causal, como a través de la aprobación del presupuesto de obra adicional, que autorizado por la máxima autoridad administrativa de la Entidad Contratante, cuente con presupuesto específico que incluya gastos generales. Por eso interpreta que la salvedad contenida en la norma sólo tiene por finalidad que del gasto general variable diario que corresponde por el plazo de la ampliación se descuente lo pagado por ese concepto en el presupuesto adicional.

117. De asumirse la interpretación propuesta por el CONSORCIO, cualquiera que sea la causal que genera la ampliación de plazo, el monto del gasto general variable diario que se otorgue por el período ampliado debe ser siempre igual, independientemente de la "causal" a través de la cual se le reconozca la ampliación, dado que el valor del gasto general variable diario del contrato, es el mismo por cada día de ampliación de plazo que se otorgue, al margen de la "causal" que sustente la prórroga de plazo obtenida.

118. El Colegiado no comparte la interpretación del CONSORCIO, ya que el artículo 202° claramente regula los efectos de la modificación del plazo contractual, estableciendo una regla general (que toda ampliación de

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

plazo en los contratos de obra dará lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario) y una excepción a esta (salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos de prestaciones adicionales de obra).

119. El efecto de pagar un gasto general adicional es producto de la modificación del plazo contractual, por ello la norma claramente distingue cómo se compensa esa extensión de plazo mediante el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales según el tipo de causal que genera la prórroga del plazo. Así, la regla contenida en el artículo 202° exceptúa del pago del gasto general variable diario del Contrato, cuando la causal de la ampliación de plazo es para ejecutar un adicional de obra, esto porque en esos casos se cuenta con presupuestos específicos de prestaciones adicionales de obra que tienen sus propios gastos generales variables.

120. Ahora bien, el Tribunal Arbitral advierte que la ejecución de una obra adicional puede presentar dos causales diferentes de la extensión del plazo contractual. Por un lado, es obvio que la ejecución de una obra adicional conllevará un plazo necesario para su realización y, por lo tanto, la ejecución del adicional mismo podría generar una prórroga de plazo. Pero puede ocurrir que, la ejecución de partidas originales se vea suspendida o postergada por la necesidad de contar con la aprobación del referido adicional o de esperar la ejecución de éste, de esta forma el hecho que conlleva la ampliación de plazo es la demora en la aprobación del adicional y la necesidad de su ejecución previa para empezar a ejecutar las partidas postergadas, que se materializa en el desfase en la ejecución de partidas contractuales.

121. El Tribunal Arbitral entiende que el primer supuesto, esto es, que la extensión de plazo sea causada por la necesidad de ejecutar la obra adicional, está sujeto a la excepción prevista en la última parte del primer párrafo del artículo 202°, y, por ende, en dicho caso solo cabe que se le pague al contratista el Gasto General Variable que se establece en el presupuesto específico del Adicional. En cambio, el segundo supuesto, esto es, cuando la extensión de plazo se derive de la demora en la aprobación del adicional y la necesidad de su ejecución previa para empezar a ejecutar las partidas

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

postergadas, no está bajo la hipótesis de hecho que regula la salvedad o regla de excepción, sino que está sujeta a la regla general contenida en la primera parte del primer párrafo del artículo 202°, por lo que, en tal caso sí corresponde el pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario.

122. Por esa razón, existiendo legalmente efectos distintos según cual sea la causal, razón o fundamento que motiva la extensión del plazo contractual, para resolver la controversia entre las partes, el Tribunal Arbitral considera que se debe determinar cuál es o cuáles son las causales que fundamentan la Ampliación de Plazo N° 22.

123. Para la ENTIDAD la causal invocada por el Contratista al solicitar la ampliación de plazo N° 22 es la ejecución de la prestación adicional de obra N° 8, por lo que, para dicha parte, la generación de la Ampliación de Plazo N° 22 se debe a la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 8.

 124. Al revisar el expediente de la Ampliación de Plazo N° 22, el Tribunal verifica que la Resolución Directoral N° 1268-2015-MTC/20 de fecha 4 de diciembre de 2015, declaró procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22, por 49 días naturales de los 69 días naturales solicitados, sin reconocimiento de mayores gastos generales, por causal prevista en el numeral 4 del artículo 200° del Reglamento, "cuando se aprueba la prestación adicional de obra".

125. De una interpretación literal, parecería que la causal que motiva la ampliación es el tiempo necesario para la ejecución de las partidas que contiene ese Adicional N° 08. Empero, la interpretación de ese Acto Administrativo manifestado por la mencionada Resolución Directoral no puede basarse sólo en el Artículo de la parte resolutive, sino que cabe acudir al análisis de sus considerandos. 

126. Siguiendo esa línea de pensamiento, el Colegiado repara que en los considerandos la Ampliación de Plazo en la evaluación de la Entidad estaba referida a la ejecución del Adicional. En efecto, se invoca las razones

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

expuestas por el Supervisor,: "... se considera la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 08, como causal de ampliación de plazo, toda vez que la ejecución de las partidas que la componen (principalmente las partidas críticas que la componen), modifican y afecta la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra Vigente (...) se pronuncia por la procedencia de la Ampliación de Plazo N° 22 por <<Ejecución de la Prestación Adicional de Obra N° 08 y Deductivo Vinculante N° 05>>...". Asimismo, se invoca la opinión del Especialista en Obras de la Unidad Gerencial de Obras: "...(iv) que, la Ampliación de Plazo N° 22 se sustenta en la ejecución de los trabajos adicionales del Presupuesto Adicional de Obra N° 08, conformado por partidas que afectan la ruta crítica...".

127. Esto parecería indicar que la causal que motivó el procedimiento de prórroga de plazo fue la causal de ejecución del Adicional de Obra.
128. Empero, corresponde que el Tribunal verifique la solicitud como sus sustentos que motivaron el requerimiento y pronunciamiento a la Entidad. Esto por cuanto el pronunciamiento de la Entidad es el resultado de un procedimiento que se inicia con una solicitud y un expediente de sustento. Basada en esos instrumentos la Entidad forma voluntad y aprueba su decisión, la cual debe ser interpretada en el marco de ese proceso de formación de la voluntad administrativa.
129. De acuerdo a la Carta N° 1528-2015-RO/CVM, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 22 presentada por el CONSORCIO al Supervisor, invocó el artículo 200° numeral 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista y N° 201 del Reglamento de la LCE.
130. Cabe resaltar que en el Informe del Supervisor sobre la Ampliación de Plazo N° 22, al analizar la solicitud presentada por el Contratista, se reconoce que el CONSORCIO identifica por un lado que de un total de 62 partidas contractuales del Adicional de Obra N° 08, ocho partidas de ellas son afectada por ser partidas integrantes de la ruta crítica del Programa de Ejecución de Obra Vigente (Folio 162 y 163). También se puede notar que el Contratista identificó las partidas contractuales que experimentaron un desfase en el cronograma como consecuencia de la ejecución del adicional:

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

"h) ...por ser Partidas correspondiente a la Ruta Crítica, el reinicio o continuación de las partidas contractuales experimenta un desfase en el cronograma vigente de obra, con lo que se desplazan las fechas de término previstas para tales partidas y por tanto se desplaza también la fecha de término de la obra" (Foja 158)

131. No cabe duda que al solicitar la Ampliación de Plazo N° 22 el Contratista identificó y evaluó el efecto en el plazo producto de la ejecución de los trabajos propiamente de las partidas del Adicional de Obra N° 8, separado de los trabajos contractuales del programa de ejecución vigente.
132. La evaluación del Supervisor identifica las ocho partidas del Adicional que son críticas (Fojas 155), así como la incidencia en el Programa de Ejecución de Obra Vigente, para cuantificar la ampliación de plazo, se incorporó las partidas del Presupuesto Adicional N° 08 al Cronograma Grantt vigente, a efectos de graficar las afectaciones correspondientes (Fojas 154).
133. Advierte el Tribunal que, en dicho Informe, el Supervisor identifica dos efectos derivados de la aprobación del Adicional N° 8, como son la extensión del plazo contractual por la necesidad de ejecutar partidas críticas del propio adicional de obra, y a su vez, partidas del contrato principal cuya ejecución queda postergada y también inciden en la extensión del plazo:

*"Por lo expuesto, el Supervisor considera que la ejecución del Adicional de Obra N° 08, se configura como causal de ampliación de plazo, toda vez que la ejecución de las partidas que la componen modifica y afecta la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra Vigente, porque han retrasado la ejecución de las partidas en el contrato principal debido a que el Contratista ejecutará las partidas del Presupuesto Adicional de Obra N° 08, con el mismo equipo que viene ejecutando las actividades de la Obra Principal, lo cual no permite la ejecución simultánea de las partidas mencionadas, comprometiendo la terminación de las mismas dentro del plazo contractual vigente; además, se ha demostrado que el plazo adicional resulta necesario para la culminación de la obra, condición necesaria para la procedencia de ampliación del plazo, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 200° y 201° del*

EL SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

*Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado" (Fojas 148)  
(Subrayado nuestro)*

134. De este informe, se concluye que no cabe duda que la Ampliación de Plazo de 22 se fundamenta en la demora generada por dos causas concurrentes, como son la necesidad de ejecutar los trabajos críticos (ocho partidas) propios del Adicional de Obra N° 08, como por la necesidad de ejecutar los trabajos de las partidas del contrato principal que deben reiniciarse o continuar a la conclusión del adicional.
135. Ahora bien, conforme al Expediente presentado por el CONSORCIO al solicitar la Ampliación de Plazo N° 22, el Tribunal constata que el Contratista sí identificó la incidencia de cada una de esas causas concurrentes de demora. En efecto, respecto de la demora en los trabajos contractuales del programa de ejecución vigente por efecto de la ejecución del Adicional de Obra N° 08:

*"Las partidas incluidas en el Presupuesto Adicional N° 08 se incluyen como predecesoras directas de las partidas del pavimento, principalmente el que debe ejecutarse en el área de salida del puente El Huayo, es decir que las partidas de pavimento impedidas de ejecutarse como consecuencia del Adicional N° 08 se encontraban entre las progresivas Km. 25+767 y el Km. 25+950, sector donde debería ejecutarse primero el muro de concreto como confinamiento del pavimento. Por lo que el metrado afectado con sus respectivos plazos se explica en el cuadro siguiente:*

*(...)*

<i>Partida Crítica</i>	<i>Und</i>	<i>Metrado Afectado</i>	<i>Rendimiento</i>	<i>Plazo</i>
Sub Base	M3	246.36	207.28	2 días
Base	M3	246.19	190.03	2 días
Imprimación	M3	1,654.10	1148.80	2 días
Carpeta Asfáltica	M3	124.04	87.83	2 días

*De acuerdo con el cuadro anterior se deduce que las partidas críticas afectadas tendrán un desplazamiento en el diagrama Gantt*

EL SOPORTE IDEAL PARA SU ARBITRAJE

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

*de 2 días luego de culminada la partida de relleno estructural del adicional N° 08 necesaria para finalizar el pavimento del sector del progresivas Km.25+767 y el Km.25+950; condición que se incluirá en la programación de la ampliación de plazo N° 22 dando la siguiente secuencialidad. (...)"*. (Fojas 59)

136. De esta manera, el Tribunal aprecia que está probado en autos que específicamente en su solicitud, el CONSORCIO detalló las partidas afectadas. Resulta claro que la causal invocada no fue sólo la ejecución del adicional.

137. En efecto, se identifica las siguientes "partidas afectadas" del contrato principal:

- *Sub Base*
- *Base*
- *Imprimación*
- *Carpeta asfáltica*

 138. La demora en el reinicio de estas partidas fundamenta la extensión de plazo de 8 días por esa causa, la que es distinta a la extensión de plazo necesaria para la ejecución de las partidas críticas del Adicional N° 08.

139. De lo anterior el Colegiado infiere que de los 49 días otorgados por la ENTIDAD como Ampliación de Plazo N° 22, 41 días se basan en la causal de la ejecución misma del referido adicional N°8, por lo que la diferencia de 8 días corresponde a la causal de postergación de las partidas subsiguientes y vinculantes del contrato principal (Sub Base, Base, Imprimación y Carpeta Asfáltica).

140. En atención a ello, el Tribunal tiene la convicción racional que la ENTIDAD al aprobar la Ampliación de Plazo N° 22, evaluó como materia de la solicitud, únicamente la causal invocada por la afectación del plazo contractual para la "Ejecución del Presupuesto Adicional N° 08". Por tanto, al pronunciarse sobre el reconocimiento de mayores gastos generales, sólo analizó el efecto del plazo generado para la ejecución de dicho adicional y no por el efecto



El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdívieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

en la postergación sobre las partidas subsiguientes y vinculadas de la ruta crítica.

141. Es decir, la ENTIDAD al denegar el reconocimiento de mayores gastos generales invocando el supuesto de salvedad previsto en la parte final del primer párrafo del artículo 202° del Reglamento, no tuvo en cuenta que la ejecución del Adicional N° 08 imposibilitó la ejecución de diversas actividades contractuales que se encontraban en la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra y que por ello la inejecución de las partidas afectadas detalladas en la solicitud de la Contratista, desplazaron el tiempo las actividades sucesoras en 8 días (dentro de los 49 otorgados en la Ampliación de Plazo N° 22.

142. En ese sentido, para el Tribunal la evaluación de los efectos que produce la Ampliación de Plazo N° 22 debió ser completa, es decir, tanto para evaluar la ejecución propia del adicional más el efecto sobre las partidas subsiguientes y vinculadas. En efecto, tales partidas originalmente previstas para finalizar en una fecha no lo pudieron hacer, en tanto no concluyera la ejecución del Adicional N° 08. Es indudable la existencia de demoras en la ejecución de la programación de obra, que se han reflejado en la postergación inevitable de partes importantes de ella y de sus correspondientes plazos de ejecución, que se debieron a la espera de la culminación del Adicional N° 08.

143. Por esa razón, el Colegiado advierte que la pretensión de reconocimiento de mayores gastos generales debe evaluarse en función de la distinción del plazo extendido (41 días) que corresponde a la demora causada por la necesidad de ejecutar el Adicional N° 08, así como del plazo extendido (8 días) correspondiente a la demora causada por la necesidad de esperar el reinicio de las partidas sucesoras del contrato principal.

144. Es así que, respecto del plazo extendido (41 días) de la Ampliación de Plazo N° 22 que corresponde a la demora causada por la necesidad de ejecutar el Adicional N° 08, que fundamenta la Ampliación de Plazo N° 22 otorgada, como dicho plazo se sustenta para la ejecución de un adicional que cuenta con un presupuesto específico, no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, habida cuenta que en el caso de la ejecución de

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

Adicionales que involucran Ampliaciones de Plazo, al tratarse de presupuestos específicos, estos tienen sus propios Gastos Generales, siendo que la norma lo que busca es evitar un doble pago.

145. En cambio, en cuanto al plazo extendido (8 días) de la Ampliación de Plazo N° 22 que corresponde a la demora causada por la necesidad de esperar el reinicio de las partidas sucesoras del contrato principal, sí corresponde el reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario.

146. En ese sentido, el Colegiado reconoce que la ejecución del Adicional N° 08 también afectó la ruta crítica del plazo contractual original, como consecuencia del desfase de las partidas subsiguientes y vinculantes, que el Contratista invocó en su solicitud de Ampliación de Plazo N° 22. También el Tribunal identifica que los Mayores Gastos Generales correspondientes a esa causal ascienden a 8 días calendarios, pues se trata de la extensión de trabajos del Contrato principal que generan gastos generales directamente vinculados a la duración y extensión del contrato.

 147. Ahora bien, en el presente caso El CONSORCIO ha estimado el Gasto General variable Diario del Contrato en S/. 49,955.11 (sin IGV). Dicho monto no ha sido objetado por la ENTIDAD. Tomando en cuenta el gasto general variable diario del Contrato, por el plazo extendido (8 días) de la Ampliación de Plazo N° 22 que corresponde a la demora causada por la necesidad de esperar el reinicio de las partidas sucesoras del contrato principal, corresponde el reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables iguales a S/. 399,640.88 más el IGV.

148. En atención a lo expuesto, también este Colegiado llega a la convicción racional que al generarse 41 días de la Ampliación de Plazo N° 22 para la ejecución de las partidas críticas contenidas en el Adicional N° 08, no es procedente el reconocimiento ni el pago de mayores gastos generales variables por esos días, ya que los gastos fijos y variables en los que incurrió el CONSORCIO ya se encontraban cubiertos en el presupuesto específico que se aprobó para ejecutar dicho Adicional N° 08. 

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdívieso Cerna (Árbitro)  
Marío Ernesto Linares Jara (Árbitro)

149. Como consecuencia de todo lo anterior, estando a las consideraciones legales y técnicas arriba expuestas, este Tribunal decide que es procedente declarar **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la Demanda de fecha 8 de junio de 2016; y en consecuencia, corresponde ordenar a la ENTIDAD que pague al CONSORCIO mayores gastos generales variables iguales a S/. 399,640.88 más el IGV, más los intereses devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

Más los intereses devengados desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago.

**IX.4 Pretensión principal de la Demanda (Acumulación de fecha 22 de septiembre de 2016)**

*W*  
**“QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL RECONOZCA A FAVOR DEL DEMANDANTE Y ORDENE A LA ENTIDAD EL PAGO EN CONCEPTO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 24, APROBADA MEDIANTE RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 445-2016-MTC/20, DEL MONTO DE S/ 3'051,935.64 (TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUATRO CON 56/100 SOLES), INCLUIDO EL IGV, MÁS LOS INTERÉS QUE SE DEVENGUEN DESDE LA FECHA EN QUE DEBIERON SER CANCELADOS DICHS GASTOS GENERALES HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO”.**

150. Al igual que la pretensión, con esta acumulación de demanda, el CONSORCIO somete a controversia el reconocimiento de gastos generales variables como consecuencia de la Ampliación de Plazo N° 24, pues asume que la ENTIDAD ha aplicado incorrectamente la salvedad a la que alude la parte final del primer párrafo del artículo 202 del Reglamento de la LCE.

151. Tal como se ha analizado al resolver la pretensión anterior, existiendo legalmente efectos distintos según cual sea la causal, razón o fundamento que motiva la extensión del plazo contractual, para resolver la controversia entre las partes, el Tribunal Arbitral considera que se debe determinar cuál es o cuáles son las causales que fundamentan la Ampliación de Plazo N° 24.

*P*

*R*  
El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

152. Para la ENTIDAD la causal invocada por el Contratista al solicitar la ampliación de plazo N° 24 es la ejecución de la prestación adicional de obra N° 9, por lo que, para dicha parte, la generación de la Ampliación de Plazo N° 24 se debe a la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 9.
153. Al revisar el expediente de la Ampliación de Plazo N° 24, el Tribunal ha verificado que la Resolución Directoral N° 445-2016-MTC/20 de fecha 28 de junio de 2016, declaró procedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 24, por 54 días calendario, sin reconocimiento de mayores gastos generales, por causal prevista en el numeral 4 del artículo 200° del Reglamento, "cuando se aprueba la prestación adicional de obra".
154. Asimismo, al revisar la solicitud como sus sustentos que motivaron el requerimiento y pronunciamiento a la Entidad, el Colegiado ha podido comprobar que al solicitar la Ampliación de Plazo N° 24 el Contratista únicamente identificó y evaluó el efecto en el plazo producto de la ejecución de los trabajos propiamente de las partidas del Adicional de Obra N° 9.
155. En efecto, en el expediente de Ampliación de Plazo N° 24 no se advierten identificado partidas contractuales de contrato principal sucesoras que hayan quedado demoradas esperando la culminación del Adicional N° 09. Para la determinación de la incidencia en el plazo contractual, el CONSORCIO sólo identifica "los días necesarios para la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra N° 09" (Fojas 43):

*"Por lo tanto, concluimos que resulta procedente la ampliación de plazo cuantificada y solicitada, debido a que afecta a ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente e incrementa el plazo de ejecución de obra en 54 días calendarios, correspondientes al tiempo necesario para la ejecución de dicho adicional"*

156. Es así que, para el Tribunal de esas pruebas, se lleva a la conclusión que, en cuanto al plazo extendido de 54 días de la Ampliación de Plazo N° 24, éste corresponde a la demora causada por la necesidad de ejecutar el Adicional N° 09, que fundamenta la Ampliación de Plazo N° 24 otorgada. En la medida que dicho plazo se sustenta para la ejecución de un adicional que cuenta

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

con un presupuesto específico, no corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales, habida cuenta que en el caso de la ejecución de Adicionales que involucran Ampliaciones de Plazo, al tratarse de presupuestos específicos, estos tienen sus propios Gastos Generales, siendo que la norma lo que busca es evitar un doble pago.

157. Siendo así, cabe tener en consideración que los criterios de interpretación anteriormente expuestos por el Tribunal son recogidos por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), que en la Opinión N° 139-2009/DTN<sup>3</sup> de fecha 07 de diciembre de 2009, al analizar la viabilidad o no de reconocer mayores gastos generales cuando se autoriza una ampliación de plazo por la ejecución de obras adicionales que cuentan con presupuesto específico.

158. En efecto, la Dirección Técnico Normativa de esa Entidad, concluye que *"en la medida que en los contratos de obra a precios unitarios el presupuesto del adicional de obra incluye los gastos generales fijos y variables, en el supuesto que la aprobación de dicho adicional genere una ampliación de plazo no corresponde el pago de mayores gastos generales"*. Además, reconoce que *"en caso la Entidad se demore en emitir la resolución que autoriza la ejecución de prestaciones adicionales de obra, corresponde al contratista el pago por mayores gastos generales"*.

159. Si bien la OSCE reconoce que la ampliación de plazo en los contratos de obra tiene como consecuencia que el Contratista reciba un pago por mayores gastos generales, advierte que, *"no obstante, no todas las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de mayores gastos generales, puesto que el precitado artículo 202° del Reglamento señala que en caso de adicionales de obra que cuenten con presupuestos específicos, no corresponde efectuar dicho pago"*. Para la OSCE resulta coherente esa excepción, *"debido a que en los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos de adicionales de obra incluyen los gastos generales fijos y variables, con lo cual, en caso que la aprobación de un adicional genere una ampliación de plazo, los mayores gastos generales en que incurriría el Contratista ya se encuentran cubiertos. Bajo tales consideraciones, en la*

<sup>3</sup> Dicha opinión analiza el marco legal aplicable en ese momento, esto es, el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

*medida que los gastos generales se encuentran contemplados en los presupuestos adicionales de obra, pagar adicionalmente por mayores gastos generales implicaría una duplicidad en el pago".*

160. Por lo expuesto, este Colegiado llega a la convicción racional que al generarse 54 días de la Ampliación de Plazo N° 24 para la ejecución de las partidas críticas contenidas en el Adicional N° 09, no es procedente el reconocimiento ni el pago de mayores gastos generales variables por esos días, ya que los gastos fijos y variables en los que incurrió el CONSORCIO ya se encontraban cubiertos en el presupuesto específico que se aprobó para ejecutar dicho Adicional N° 09.
161. Como consecuencia de todo lo anterior, estando a las consideraciones legales y técnicas arriba expuestas, este Tribunal decide que es procedente declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda Acumulada de fecha 22 de septiembre de 2016.

**IX.4 Pretensión subordinada a la primera pretensión principal**

*W*  
**"EN CASO DE NO SER AMPARADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL PRECEDENTE, QUE SE RECONOZCA EN FAVOR DEL DEMANDANTE Y SE ORDENE A LA ENTIDAD PAGUE AL CONSORCIO LA SUMA DE S/ 2'576,249.89 (DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE CON 89/100 SOLES), INCLUIDO EL IGV, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS AL CONSORCIO, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO, POR PARTE DEL DEMANDADO, DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, MÁS LOS INTERESES QUE SE DEVENGUEN DESDE LA FECHA EN QUE SE PRODUJO EL DAÑO, HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN".**

162. Con esta pretensión subordinada el CONSORCIO Solicita se le reconozca el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización por los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del incumplimiento por parte de la ENTIDAD de sus obligaciones contractuales. *R*

- Q* 163. En el presente caso el único incumplimiento contractual probado es el pago de los mayores gastos generales variables generados como consecuencia

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

del plazo extendido (8 días) de la Ampliación de Plazo N° 22, que corresponde a la demora causada por la necesidad de esperar el reinicio de las partidas sucesoras del contrato principal.

164. El Tribunal no ha identificado ninguna otra conducta antijurídica que configure un incumplimiento a cargo de la ENTIDAD. Por tanto, cualquier discusión de responsabilidad e indemnización imputable al Demandado queda circunscrita a la obligación de pago determinada por este Colegiado al resolver la primera pretensión principal de la Demanda.
165. En esa medida, cabe tener en cuenta que al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, la indemnización por su eventual incumplimiento se plasma con el pago de intereses. En efecto, conforme al artículo 1324° del Código Civil, la indemnización por los daños derivados del incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero consiste en el pago de los intereses convenidos, y a falta de pacto en el interés legal.
166. Sólo en caso se ha estipulado la indemnización del daño ulterior, procede un resarcimiento distinto, siempre y cuando el acreedor demuestre haberlo sufrido.
- Out* 167. En el presente caso, ni el Contrato ni la LCE prevén un pacto o estipulación que habilite la reclamación por daño ulterior, por tanto el CONSORCIO no goza de título habilitante para reclamar un daño no estipulado ni pactado. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal aprecia que el Demandante tampoco ha probado la existencia del mayor daño sufrido.
168. Atendiendo a lo expuesto, este Colegiado concluye que la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la Demanda debe declararse **INFUNDADA**.

**X. DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL ARBITRAJE**

169. En relación a las costas y costos, los artículos 56, 69, 70 y 73 de la LEY DE ARBITRAJE, disponen que los árbitros se pronunciará en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV  
Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)  
Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)  
Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

pronunciará en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

170. Al respecto, los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral o secretaría arbitral.

171. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

Por lo que el Tribunal Arbitral;

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** DECLARAR **INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia deducida por la ENTIDAD.

**SEGUNDO:** DECLARAR **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la Demanda de fecha 8 de junio de 2016; en consecuencia, corresponde ordenar a la ENTIDAD que pague al CONSORCIO mayores gastos generales variables iguales a S/. 399,640.88 más el IGV, más los intereses devengados desde la fecha de presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

**TERCERO:** DECLARAR **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda Acumulada de fecha 22 de septiembre de 2016.

**CUARTO:** DECLARAR **INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

El soporte ideal para su arbitraje

**Laudo de derecho**

Expediente N° 026-2016/MARCPERU/ADM/MSCV

Caso Arbitral: CONSORCIO VIAL SAN MARCOS – PROVÍAS NACIONAL

**Tribunal Arbitral**

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Juan Jashim Valdivieso Cerna (Árbitro)

Mario Ernesto Linares Jara (Árbitro)

**QUINTO:** DECLARAR que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte asuma la porción que les corresponde.

Notifíquese a las partes,



**JASHIM VALDIVIESO CERNA**

Árbitro



**MARIO LINARES JARA**

Árbitro



**ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN**

Presidente del Tribunal Arbitral



**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**

Secretario Arbitral

El soporte ideal para su arbitraje