

**Notificación N°****0125**

Nro. Expediente	816-220-15
Secretario Arbitral	Andrea Pozo Horna
Demitante(s)	Consortio Santiago II
Demandado(s)	PROVÍAS DESCENTRALIZADO , Procuraduría del MTC
Título	Notificación del laudo arbitral - Res. N° 25
Sumilla	Notificación del laudo arbitral - Res. N° 25

Destinatario	PROVÍAS DESCENTRALIZADO
Dirección Legal	Jr. Zorritos N° 1203, Mesa de Partes de Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1° Piso) LIMA-LIMA-LIMA

Se adjunta:

1. Notificacion del laudo arbitral Res. No 25.docx

Comentarios

Lima, 3 de septiembre de 2018

Señores

**Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones –
Provías Descentralizado**

Jr. Zorritos N° 1203

Lima. -

**Referencia: Consorcio Santiago II - Provías Descentralizado
(Exp. N° 816-220-15)**

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes a fin de remitirles un original de la Resolución N° 25 de fecha 29 de agosto de 2018, a fojas 56, la cual contiene el laudo arbitral emitido en algunas pretensiones por unanimidad por los árbitros Alfredo Fernando Soria Aguilar, Ives Daniel Becerra Naccha y Braulio Iván Rosillo Larios, recaído en el proceso seguido entre el Consorcio Santiago II y Provías Descentralizado.

Asimismo, se adjunta el voto en discordia emitido por el árbitro Braulio Iván Rosillo Larios sobre algunas pretensiones, de fecha 29 de agosto de 2018, a fojas 3.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS
ANDREA ESCA HORNA
Secretaría Arbitral



Exp. N° 816-220-15

CONSORCIO SANTIAGO II - PROVÍAS DESCENTRALIZADO

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: **CONSORCIO SANTIAGO II**, (conformado por las empresas Neptuno Contratistas Generales S.A.C y Eralma Constructora S.A.C) (en adelante, Consorcio o demandante)

DEMANDADO: **PROVÍAS DESCENTRALIZADO DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** (en adelante, Provías o demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: **Alfredo Fernando Soria Aguilar**
(Presidente del Tribunal Arbitral, designado por la Corte de Arbitraje del Centro PUCP)
Ives Daniel Becerra Naccha
(Árbitro designado por el Consorcio)
Braulio Iván Rosillo Laríos
(Árbitro designado por Provías)

SECRETARIA ARBITRAL: Andrea Pozo Horna
Secretaria Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Resolución N° 25

En Lima, a los 29 días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.1. El Convenio Arbitral

Está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra N° 064-2015-MTC/21 "Rehabilitación del Camino Vecinal Santiago De Chuco – El Zuro – Calipuy (Long. 46.22 km.).

1.2. Cuestión Previa

El 19 de octubre de 2015, la Corte de Arbitraje designó al abogado Alfredo Soria Aguilar como Arbitro Único, en atención a lo dispuesto en el convenio arbitral.

Posteriormente, por acuerdo entre las partes, se acumuló al presente expediente las solicitudes de arbitraje de los expedientes 827-231-15, 850-254-15, 860-264-15, 878-282-15 y 894-298-15.

En atención al aumento de la cuantía de la controversia por las acumulaciones aprobadas y al acuerdo entre las partes, el presente arbitraje sería resuelto por un Tribunal conformado por tres miembros y no por un Árbitro Único. Así pues, las partes designaron a su árbitro de parte.

Respecto al presidente del Tribunal Arbitral, las partes manifestaron encontrarse de acuerdo con que el abogado Alfredo Soria Aguilar, designado por la Corte de Arbitraje del Centro, ostente la calidad de Presidente del Tribunal Arbitral.

1.3. Instalación del Tribunal Arbitral

El día 29 de abril de 2016, se reunieron el abogado Alfredo Soria Aguilar, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el abogado Luis Felipe Pardo Narváez y el abogado Braulio Iván Rosillo Larios, en calidad de árbitros, y la abogada Fiorella Vanessa Casaverde Cotos, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, Centro); con la asistencia del Consocio y Provías.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento (en adelante, RLCE), aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, LA).

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR CONSORCIO

3.1 Con fecha 27 de mayo de 2016, el Consorcio presentó su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21, procediendo a aprobar la Ampliación de Plazo Parcial N° 05, solicitada mediante Carta N° 089-2015-CSII-RO.

Como consecuencia de amparar dicha pretensión, que se ordene a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 40,403.00.



Segunda pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21, procediendo a aprobar la Ampliación de Plazo Parcial N° 06, solicitada mediante Carta N° 092-2015-CSII-RO.

Como consecuencia de amparar dicha pretensión, que se ordene a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 23,087.43.

Tercera pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21, procediendo a aprobar la Ampliación de Plazo N° 07, solicitada mediante Carta N° 093-2015-CSII-RO.

Como consecuencia de amparar dicha pretensión, que se ordene a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 34,631.15.

Cuarta pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare la invalidez de la Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21, procediendo a aprobar la Ampliación de Plazo N° 08, solicitada mediante Carta N° 094-2015-CSII-RO.

Como consecuencia de amparar dicha pretensión, que se ordene a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 52,002.27.

Quinta pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare inválida la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que declaró resuelto el Contrato.

Sexta pretensión principal. - Que, el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución parcial efectuada por el Consorcio, comunicada a través de la carta notarial N° 304810.

Pretensión accesoria de la sexta pretensión principal. - Que, se ordene a Provías que en la liquidación del Contrato reconozca una indemnización ascendente a S/. 14,493.95 que equivale al 50% de la utilidad prevista para las Partidas No Ejecutadas materia de resolución.

Octava (sic) pretensión principal. - Que, se ordene a Provías el pago de la suma de S/. 789,235.31 por la ejecución de mayores metrados por replanteo de obras preliminares, obras de arte y transporte.

Novena (sic) pretensión principal. - Que, se le ordene a Provías que cumpla con cancelar los honorarios y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral.

- 3.2. **Respecto a las cuestiones generales del contrato**, el demandante indica que el contrato está vinculado a la ejecución de un saldo de obra, es decir, la culminación de los trabajos realizados por otro contratista que por diversas razones no pudo concluir con la misma. El saldo de obra consistía en la rehabilitación del Camino Vecinal "Santiago de Chuco - EL Zuro - Calipuy" con una longitud de 46.22 Km, y



comprendía entre otros trabajos, la reposición del afirmado y la ejecución de trabajos tales como puentes, pontones, pases de agua, alcantarillas, badenes; etc. (Obras de Arte y Drenaje).

- 3.3. Asimismo, el demandante afirma que el Expediente Técnico de la Obra contenía diversos defectos. El Consorcio se centra en los problemas de la Partida 03.02 (Reposición del afirmado) y de la Partida 4 vinculadas a las Obras de Arte.
- 3.4. **Respecto a la Partida 03.02 (Reposición del Afirmado)**, el Consorcio indica que se presentaron principalmente dos problemas en la ejecución de dicha partida:
- i. La cantera Zorobago que el Expediente Técnico identificaba como fuente para obtener material, no tenía ni la calidad ni la cantidad suficiente para alcanzar los objetivos del contrato, por lo que se intentó acceder a una cantera de propiedad municipal, lo que originó muchos problemas.
 - ii. El Expediente Técnico asumía un nivel de desgaste del afirmado que era muy inferior al que realmente existía, motivo por el cual recomendaba realizar rellenos de entre 5 y 7 cm, cuando lo técnicamente recomendable era por lo menos de 15 cm.
- 3.5. **Respecto a lo problemas con la cantera**, el demandante manifiesta que, una vez advertido el problema con la cantera que definía el expediente técnico, fue necesario solicitar a la Municipalidad de Santiago de Chuco el acceso al material de la Cantera Municipal, tal como se advierte en la Carta N° 032-2015-CSII-RO del 25 de mayo de 2015.
- 3.6. Sin embargo, tal como se advierte de la Anotación N° 154 del Cuaderno de Obra del 13 de junio de 2015, la Municipalidad intentó cobrar 40 soles por metro cúbico de material, cuando el monto presupuestado en el contrato por el Consultor era de S/. 4.00.
- 3.7. La parte demandante afirma que, a fin de solucionar ese problema (Asiento N° 179 de la Supervisión), se programó una reunión entre Provías, la Municipalidad, la Supervisión y el Contratista para el 26 de junio de 2015. Al 29 de junio de 2015, la Municipalidad aún no autorizaba el acceso (Asiento N° 188 del Contratista). Además, el demandante menciona que de la carta N° 026-2015-MTC/ 21.LBT se puede apreciar que Provías era consciente del problema y de la afectación que iba a causar a los plazos del contrato.
- 3.8. Al no llegar a un acuerdo con la Municipalidad para el uso de la cantera municipal, el Consorcio señala que la Supervisión, a solicitud de Provías, elaboró un informe especial en el que concluyó que para dar transitabilidad a la vía debería de ejecutarse la reconfiguración de la plataforma sin adicionar material nuevo y evitar mayores costos al Estado sobre una vía que requiere una intervención nueva a nivel de afirmado (Asiento N° 217). Ello, el demandante indica que implicaba un cambio de las especificaciones técnicas, lo que, a su vez, requería que se apruebe un adicional y un deductivo vinculados, los que el Consorcio se comprometió a realizar.

- 3.9 **Respecto a los problemas con el nivel de reposición de afirmado que consideraba el expediente técnico**, el Consorcio señala que además del problema antes descrito, el nivel de reposición que establecía el expediente era claramente insuficiente y antitécnico, tal como se advirtió casi desde el inicio del contrato.
- 3.10 Así pues, el demandante señala que el 5 de mayo de 2015, a pocos días de iniciada la obra, anotó en el cuaderno de obra lo siguiente:

"Asiento N° 033 Del Contratista Mié 06 may 15

*Asunto: Incompatibilidad del Expediente Técnico con la Partida 03.02
Reposición de afirmado*

El expediente técnico señala que el camino a rehabilitar se encuentra en mal estado por falta de mantenimiento periódico, debiendo restituir en su gran parte el material afirmado en su totalidad, además de bachear, debido a las deformaciones, hundimientos, abultamientos que presenta. En ese sentido, consideramos que será insuficiente la reposición de 5 cm y 7cm de espesor, trabajo que no garantizará la calidad que requiere las especificaciones técnicas del expediente, en ese sentido se solicita a la supervisión la verificación y pronunciamiento."

- 3.11. El problema de la insuficiencia de un afirmado, el Consorcio indica que es reconocido implícitamente por el propio Proyectista, quien al absolver consultas de la entidad respecto de esta partida (Carta N° 006-2015/CONSORCIO VIA INGENIEROS) señala que:

"Respecto al tiempo pasado desde la elaboración del estudio del saldo de obra, es comprensible el daño causado en el afirmado, cabe indicar que el proyecto actual corresponde a un saldo de obra y respecto a los planteamientos que se tenga en la actualidad corresponde a la evaluación de supervisor de obra ..."

- 3.12. Como ya señaló el demandante, dados los problemas con la Municipalidad para el acceso a la cantera y en atención a las deficiencias del Expediente Técnico, mediante Asiento N° 2017 del 7 de julio de 2015, la Supervisión instruyó al Consorcio para implementar una nueva solución técnica.
- 3.13. Es así que, en cumplimiento de lo indicado por la Supervisión, el Consorcio señala que el 22 de julio de 2015 presentó el Expediente para el Adicional N° 01 y el Deductivo Vinculado N° 01 (Asientos 242 y 243 del Cuaderno de Obra y Cartas N° 074-2015-CSII-RO y 075-2015-CSII-RO).
- 3.13 Sin embargo, el demandante menciona que el 7 de agosto de 2015, mediante Oficio N° 1302-2015-MTC/21, Provías denegó la solicitud del Adicional N° 01 y su Deductivo Vinculado N° 01, generando ello una situación de incertidumbre en la obra, pues no podía ejecutarse la Partida 03.02 ni de la forma prevista en el expediente técnico ni de acuerdo a la forma que había establecido la Supervisión.

El demandante considera importante indicar que Provías tampoco proponía una forma de ejecución.

- 3.14. Además, el demandante afirma que la decisión de Provías fue tomada de modo irregular mediante un simple Oficio, pese a que la normativa de contrataciones del Estado indica claramente que esas decisiones deben ser adoptadas necesariamente mediante Resolución del Titular del Pliego.
- 3.15. Ante eso, el Consorcio, a través de su residente, hizo la anotación N° 279 en el Cuaderno de Obra indicando que:
- i. Se requería instrucciones respecto a la forma en que se iba a proceder con relación a la Partida 03.02. Además, conforme a lo previsto en el Artículo 196° del Reglamento, pidió a la Supervisión elevar la consulta a Provías.
 - ii. Se le hizo notar a Provías que no era legalmente correcto que la decisión de no aprobar adicionales y deductivos estuviese en un simple oficio, sino que era necesario que se hiciese a través de una Resolución del Titular del Pliego.
- 3.16. El Consorcio menciona que el 10 de agosto de 2015 la Supervisión alcanzó su consulta a Provías mediante Carta N° 048-2015-AMC/SUPERVISIÓN CALIPUY.
- 3.17. A partir de la denegatoria, el demandante manifiesta que su personal técnico tuvo reuniones casi diarias con el personal de Provías en Lima, con el fin de encontrar una solución. En dichas reuniones el personal de Provías manifestó estar de acuerdo en la búsqueda de una solución, planteándose en los días sucesivos diversas estrategias de solución conjunta.
- 3.18. El demandante resalta que el 26 de agosto de 2015, se emitió la Resolución Ministerial N° 492-2015-MTC/01.02, corrigiendo el error que había cometido al denegar las solicitudes de Adicional N° 01 y deductivo Vinculante N° 01. Además, en la Resolución Ministerial se señaló que debía sancionarse a los funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que habían causado la demora en tomar la decisión. El demandante precisa que esa resolución tampoco indicó que se iba a hacer con la Partida 03.02 y sus sucesoras.
- 3.19. El Consorcio menciona que el plazo contractual vencía el 6 de septiembre de 2015, por lo que era urgente tomar una decisión al respecto. Pasaron los días y Provías no tomaba una decisión, por lo que, a cinco días para que acabe el plazo contractual, el Consorcio anotó en el cuaderno de obra el cierre parcial de la causal (ausencia de instrucciones para ejecutar la Partida 03.02), con la finalidad de solicitar una ampliación parcial del plazo contractual. Sin embargo, Provías declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo, argumentando que la falta de definición de una solución para la ejecución de la Partida N° 03.02 no generaba derecho a ninguna ampliación.
- 3.20. **Respecto a los problemas vinculados al Adicional N°03**, el demandante recalca que el expediente técnico tenía innumerables deficiencias, lo cual era de

conocimiento de Provías y la Supervisión, quienes además estaban de acuerdo en la necesidad de aprobar los adicionales respectivos, tal como se puede apreciar del Informe N° 533-2015-MTC/21 LBT, elaborado por Provías, donde también reconoce la necesidad de ejecutar todos esos trabajos adicionales.

- 3.21. El Consorcio señala que, de modo coordinado con la Supervisión y Provías, ejecutó todos los trabajos adicionales, mientras en paralelo se iban realizando las gestiones necesarias para aprobar tales trabajos.
- 3.22. El demandante menciona que, tal como se aprecia del Oficio N° 489-2015-MTC/21.UGTR, Provías le encomendó la preparación del Expediente Técnico del Adicional N° 03, el cual contendría todos los trabajos adicionales que comentan. Sin embargo, el demandante afirma que Provías nunca concluyó los trámites formales de aprobación del Adicional N° 03.
- 3.23. El Consorcio precisa que ejecutaron todos los trabajos adicionales y la prueba de ello es cuando Provías realizó la diligencia de "Constatación Física de Obra" el 19 de noviembre de 2015.
- 3.24. El demandante afirma que la ejecución de todos esos trabajos es un claro ejemplo de enriquecimiento indebido por parte de Provías, pues es claro que este último ha obtenido ventajas de los trabajos realizados y, por el contrario, el Consorcio se empobreció por ejecutar trabajos que no fueron pagados. El Consorcio afirma que el monto total de esos trabajos es de S/. 798,235.31.
- 3.25. **Respecto a la primera pretensión principal**, el Consorcio recalca que, mediante anotación en el Cuaderno de Obra N° 375 y la Carta N° 089-2015-CSII-RO de fecha 3 de setiembre de 2015, presentó su solicitud de ampliación N° 05, por un periodo adicional de 14 días, puesto que no había por parte de Provías pronunciamiento e instrucciones para la ejecución de la Partida 03.02 (Reposición de Afirmado).
- 3.26. El 21 de setiembre de 2015, mediante Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21, Provías declaró improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo N° 05, argumentando que el Consorcio no había realizado su solicitud conforme a los artículos 196° y 201° del RLCE:
- i. La anotación recogida en el Asiento N° 350 del Cuaderno de Obra no se dirigió a la Supervisión de la Obra, conforme al procedimiento establecido en el artículo 196° del RLCE.
 - ii. La solicitud de Ampliación de Plazo carecería de sustento.
- 3.27. **Respecto a la existencia de la causal**, el demandante afirma que dado que la Partida 03.02 era inejecutable en las condiciones establecidas en el Expediente Técnico se llegó a una especie de acuerdo que concluyó con la recomendación técnica de la Supervisión, lo cual originó la presentación de las solicitudes de Adicional N° 01 y su vinculante Deductivo N° 01. Sin embargo, cuando el 7 de agosto de 2015 Provías no aprueba tal adicional, se produce una paralización de

los trabajos por causa no atribuible al contratista sino a la entidad, dado que, en un contrato de obra, la responsabilidad del Expediente Técnico es de la entidad.

- 3.28. Entonces, el demandante indica que no pudo continuar con la partida de afirmado y con sus sucesoras, las cuales eran un componente esencial del contrato, afectando claramente la Ruta Crítica (su incidencia en el Contrato era de alrededor del 18%).
- 3.29. El demandante precisa que, desde el momento que no se pudo ejecutar la obra, se encuentran ante una de las causales de ampliación de plazo que establece el artículo 200° del RLCE.
- 3.30. **Respecto al cumplimiento de las formalidades**, el demandante señala que, para la ampliación de plazo, la norma establece las siguientes formalidades:
- i. Que desde el inicio de la causal y durante su ocurrencia, se anote en el Cuaderno de Obra las circunstancias que ameritan la ampliación.
 - ii. Que se solicite ante el Supervisor el plazo adicional necesario, cuantificado y sustentado, dentro de los quince días posteriores de concluido el hecho, salvo que la causal vaya a persistir vencido dicho plazo, caso en el cual puede pedirse una ampliación parcial.
- 3.31. El demandante afirma que el inicio de la causal se anotó el 7 de agosto de 2015 en el Asiento 277 y se reiteró durante su duración (Asientos 289, 294, 299, 303, 329, 330, 342, 347, 351, 353, 354, 368, 369).
- 3.32. Además, toda vez que el plazo del contrato vencía el 6 de setiembre de 2015, el Consorcio menciona que el 1 de setiembre de 2015 anotó el cierre parcial de la causal que aún continuaba. Posteriormente, el 3 de setiembre de 2015, el demandante hace la anotación N° 375 solicitando la ampliación y, en la misma fecha, mediante Carta N° 089-2015-CSII-R, presenta la solicitud a la Supervisión, cuantificando y sustentando dicha ampliación.
- 3.33. **Respecto a los argumentos errados de Provías para denegar la ampliación**, el Consorcio señala que Provías tiene una interpretación errada del RLCE, pues, según ellos, la existencia de una consulta por ocurrencias en la obra, aun cuando determine la paralización o atrasos de la misma, no genera derecho a ampliación de plazo.
- 3.34. Así también, el Consorcio menciona que Provías sostiene que en la medida que el artículo 196° del RLCE les da un plazo de 15 días para absolver las consultas que el Supervisor no pudo resolver, no hay derecho a ampliación de plazo si responde dentro de ese plazo, incluso si la obra estaba paralizada.
- 3.35. El demandante recalca que es un hecho fáctico y debidamente probado que desde el 7 de agosto de 2015 existe una paralización por causa imputable a Provías. Sin embargo, para Provías, como el Oficio del 7 de agosto de 2015 no puede tener efectos jurídicos, por no ser la forma de actuación administrativa correcta (se

requería una Resolución del Titular del Pliego), el hecho de que a partir de esa fecha hasta el 26 de agosto de 2015 (cuando recién se emite el acto administrativo correcto) no se haya podido avanzar la obra no generaría derecho a una ampliación de plazo, lo cual el demandante considera que contraviene lo dispuesto en el artículo 200° del RLCE.

- 3.36. Además, el demandante manifiesta que, aunque el artículo 196° del RLCE establece que la demora en contestar las consultas genera derecho a ampliación de plazo, ello no implica que, si la obra estuvo paralizada desde la fecha de la consulta o antes, el Contratista no deba recibir una ampliación por dicha paralización.
- 3.38. Así pues, el Consorcio considera que la interpretación correcta de la norma debe ser la siguiente:
- i. Cuando se realiza una consulta pueden ocurrir dos cosas: *Que mientras se realiza la consulta, el Contratista puede seguir con los trabajos (por ejemplo, si la consulta en la construcción de un colegio fuese sobre las especificaciones del techo y recién se están construyendo las cimentaciones, obviamente el contratista puede seguir excavando y cimentando); o *Que la consulta esté vinculada a un trabajo que debe empezar justo en ese momento (o que ya esté atrasado al momento de la consulta), y que no se pueda continuar trabajando mientras no se conteste la consulta.
 - ii. En el primer caso (el del colegio), la falta de respuesta inmediata de la Entidad no puede generar un derecho a la ampliación de plazo, porque no se está paralizando la obra, pero, en el segundo caso, si debe paralizarse la obra y, por tanto, el plazo de ampliación debe correr desde el momento mismo que debe pararse y no recién cuando vengán los quince días.
- 3.39. El demandante indica que Provías también se equivoca en su Resolución que deniega la ampliación de plazo cuando dice que la consulta se realiza recién en el Asiento N° 350 del Cuaderno de Obra, pues como ya se ha señalado, la solicitud de instrucciones se realizó el 7 de agosto de 2015; ello, puede ser corroborado revisando el cuaderno de obra.
- 3.40. **Respecto a la segunda, tercera y cuarta pretensión principal**, el Consorcio manifiesta que el único motivo que Provías alega para denegar las ampliaciones de plazo N° 6, 7 y 8 es que la presentación de las solicitudes fue extemporánea, de acuerdo a los señalado en el artículo 201° del RLCE.
- 3.41. El Consorcio indica que el plazo contractual vencía el 6 de septiembre de 2015, pero, siendo que con la ampliación de plazo N° 5 el plazo se vio ampliado en 14 días, el plazo contractual se amplió hasta el 20 de septiembre de 2015.
- 3.42. Así, el demandante alega que, teniendo que el nuevo plazo contractual a partir de la aprobación de la ampliación N° 5 es hasta el 20 de septiembre de 2015, su carta N° 092-2015-CSII-RO de fecha 14 de setiembre de 2015, mediante la cual solicitan

la ampliación de plazo N° 6 por 8 días adicionales, resulta ser procedente, pues la causal que motivó la denegatoria ya no existe más.

- 3.43 De igual manera sucede con la ampliación de plazo N° 7 solicitada mediante Carta N° 093-2015-CSII-RO y recibida con fecha 28 de septiembre de 2015, pues con la ampliación de plazo N° 6 el nuevo plazo contractual se extendió hasta ese mismo día, 28 de septiembre de 2015.
- 3.44 Así también, la ampliación de plazo N° 7 que prolonga 12 días la vigencia del contrato, es decir hasta el 10 de octubre de 2015, al igual que la ampliación de plazo N° 8, solicitada a través de la anotación N° 507 del Cuaderno de Obra del mismo 10 de octubre de 2015 y luego formalizada mediante Carta N° 094-2015-CSII-RO, tampoco serían extemporáneas.
- 3.45 **Respecto a la quinta pretensión principal sobre la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que deviene en inválida debido a que el monto de las penalidades no llega al 10% del monto del contrato**, el demandante afirma que al determinarse que todas las ampliaciones de plazo deben ser aprobadas por parte de Provías, el Tribunal Arbitral deberá concluir que dicha Resolución Directoral y la resolución del contrato contenida en ese documento devienen en inválidas, ya que estando las ampliaciones de plazo N° 5, 6, 7 y 8 aprobadas, los días que sobrepasan el plazo otorgado y que merecen penalidad, no llegan a acumular un monto equivalente al 10% del monto del contrato.
- 3.46 En la Resolución Directoral se especifica que la cantidad de días retrasados es igual a 43. Pero, una vez aprobadas las ampliaciones de plazo N° 5, 6, 7 y 8, el total de días acumulados sería 49 días, por lo que la Resolución Directoral deviene en inválida al resultar inexistente su sustento.
- 3.47 **Respecto a la quinta pretensión principal sobre la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que deviene en inválida debido a que no es posible resolver un contrato cuya obligación principal ya se ha ejecutado**, el Consorcio manifiesta que dicha Resolución le fue notificada el 12 de noviembre de 2015, sin embargo, casi un mes antes, el 19 de octubre de 2015, todas las partidas ejecutables del contrato ya habían sido concluidas, es decir la obra se encontraba terminada, conforme se desprende de la Anotación N° 538.
- 3.48 Así pues, el 22 de octubre de 2015, la Supervisión realizó la verificación correspondiente y anotó en el Asiento N° 540 que los trabajos han sido concluidos de acuerdo a las especificaciones técnicas del proyecto, exceptuándose las partidas de pavimentos y sus vinculantes, las cuales fueron material del adicional de obra N° 04, el cual no se pudo tramitar al ser extemporáneo, por haber la entidad denegado la solicitud de ampliación de plazo de obra N° 05 mediante RD N° 561-2015-MTC/21. Por tanto, ese día se extendió el respectivo certificado de terminación de obra, el cual fue firmado por el jefe de la supervisión y el residente de obra, declarando que término de obra real es el 19 de octubre de 2015.
- 3.49 El Consorcio indica que, al día siguiente de la firma del Certificado de terminación de Obra, la Supervisión comunicó a Provías tal hecho. Entonces, antes que

Provías notifique la resolución del Contrato, la obligación del Consorcio ya se había ejecutado en su totalidad, por lo que la decisión de la Entidad de resolver el contrato es inválida. Es más, el 19 de noviembre de 2015, cuando Provías lleva a cabo su diligencia de Constatación Física de Obra, la Entidad pudo constatar que la totalidad de la obra estaba concluida.

- 3.50 **Respecto a la resolución del contrato que deviene en inválida por no ajustarse a los principios de la administración pública**, el Consorcio resalta que la discrecionalidad con la que cuenta Provías está delimitada normativamente, por lo que no puede actuar con libertad irrestricta. En ese sentido, en lo que respecta al presente proceso arbitral, la Ley que establece esos límites es la LCE y, en el caso de la contratación estatal, ésta deberá sujetarse a los Principios establecidos en el artículo 4° de la LCE, principalmente al principio de eficiencia.
- 3.51 La decisión de Provías, según el Consorcio, no comulga con lo establecido en el principio de eficiencia, pues no solo no resulta ser eficaz resolver un contrato que ya se ha culminado, sino que resulta ser innecesario e irrazonable.
- 3.52 Adicionalmente, el Consorcio señala que los principios de la LCE no son los únicos que debe respetar Provías, sino además debe tenerse en cuenta los Principios especificados en el artículo 4° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, principalmente el Principio de razonabilidad.
- 3.53 El Consorcio señala que el Principio de razonabilidad es claro al establecer que las decisiones de la autoridad administrativa deben responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Sin embargo, Provías resolvió el contrato, pese a no existir cometido alguno, actuando así en contra de lo establecido en el Principio de razonabilidad.
- 3.54 A mayor abundancia, el demandante alega que en la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21, Resolución por medio de la cual Provías resuelve el contrato, la propia entidad señala que la penalidad, sin ninguna de las ampliaciones en controversia aprobadas, suma un total de S/ 1'081,473.22, siendo que la penalidad máxima (10% del monto del Contrato) es equivalente a S/ 452,709.80.
- 3.55 Al respecto, el Consorcio opina que Provías, a través de su inactividad, autorizó la ejecución del contrato, aun estando en causal de resolución. Esto se determina por la razón de que Provías, pudiendo resolver el Contrato al primer día que la penalidad rebasó el máximo establecido por el RLC esperó 24 días adicionales para resolverlo, lo cual demuestra que no hubo buena fe en su accionar.
- 3.56 El Consorcio indica que, la finalidad de la resolución contractual en un contrato de obra es que, justamente, se termine de ejecutar la obra. No obstante, en el presente caso, es imposible cumplir con la finalidad establecida por la Ley, pues el Consorcio ya había culminado con su obligación contractual.
- 3.57 **Respecto a la sexta pretensión principal**, el demandante señala que el 28 de octubre del 2015, mediante carta notarial, solicitó a Provías cumplir en el plazo de 24 horas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 169° del RLCE, con su obligación

de decidir la elaboración del expediente técnico del adicional referido a la Partida N° 03.02, pues hasta dicha fecha no se había decidido sobre ello.

- 3.58 Conforme al artículo 169° del RLCE, el Consorcio tenía la posibilidad de otorgar a Provías un plazo no mayor a 5 días, por lo que decidió otorgarle un día de plazo para que cumpla con su obligación.
- 3.59 Además, el Consorcio resalta que el artículo 169° del RLCE establece dos regímenes distintos de plazos para las entidades y para los contratistas; mientras que el contratista puede otorgar hasta 5 días de plazo para que las entidades se pronuncien sobre las causales de resolución que les sean imputadas (sea en contratos de obra, consultoría, bienes o servicios), las entidades deben otorgar, necesariamente, un plazo de 15 días en el caso de contratos de obra, mientras que para cualquier otro contrato se aplica lo mismo que para los contratistas, es decir, hasta 5 días.
- 3.60 En ese sentido, es incorrecto el argumento de Provías sobre que el Consorcio debió concederles 15 días de plazo para subsanar, pues como contratista, sólo pueden dar hasta un plazo máximo de 5 días, siendo que el plazo de 15 días que Provías indica que el Consorcio debió respetar, sólo corresponde a los casos en que la entidad es la que quiere resolver el Contrato. Así pues, toda vez que Provías no cumplió con subsanar su incumplimiento en el plazo otorgado, la Resolución Parcial de Contrato realizada por el Consorcio, mediante la carta del 2 de noviembre de 2015, es totalmente válida y conforme a derecho.
- 3.61 **Respecto de la pretensión accesorio a la sexta pretensión principal**, el demandante indica que como consecuencia de la declaración de validez de su resolución parcial de contrato, conforme con lo dispuesto en el artículo 209° del RLCE, debe ordenarse a Provías el pago de S/. 14.493.95, equivalente al 50% de la utilidad prevista para las Partidas No Ejecutadas.
- 3.62 **Respecto a la naturaleza arbitrable de las controversias por enriquecimiento sin causa**, el Consorcio afirma que, a pesar de que en el numeral 18.4 de la Cláusula Décimo Octava del Contrato se establece que no se someterán a arbitraje las controversias que se reclamen por vía de enriquecimiento sin causa, se debe tener en cuenta lo señalado en el primer párrafo del artículo 52° de la LCE que establece que las controversias surgidas entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación o arbitraje.
- 3.63 Entonces, si bien el enriquecimiento sin causa corresponde a una fuente de obligaciones distinta al contrato, aquel está íntimamente ligado al contrato, pues la causa del enriquecimiento sin causa y del consiguiente empobrecimiento se generan a partir del contrato.
- 3.64 Así pues, el Consorcio indica que la finalidad de la norma de contrataciones es que todo lo relacionado y derivado del contrato sea arbitrable (a excepción de lo señalado en la norma expresamente). Por esa razón, de acuerdo al principio de kompetenz-kompetenz, el Consorcio solicita que se considere como materia

arbitrable el enriquecimiento sin causa derivado del presente Contrato, a pesar de que, erróneamente, en el Contrato se consigna como materia no arbitrable.

IV. DE LA CONTESTACION A LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR PROVÍAS

- 4.1. Con fecha 11 de agosto de 2016, Provías presentó su contestación de la demanda arbitral.
- 4.2. **Respecto a los antecedentes**, el demandado indica que suscribió el Contrato N° 064-2015-MTC/21 con el Consorcio para la ejecución del saldo de la obra: "Rehabilitación Del Camino Vecinal Santiago De Chuco – El Zuro – Calipuy (Long. 46.22km.)", por un plazo de 120 días calendario y por el monto de S/. 4'527,098.01, incluido I.G.V.
- 4.3. Provías, mediante Resoluciones Directorales N° 267 y N° 276-2015-MTC/21 del 3 de junio y 8 de junio del 2015, declaró improcedentes las Ampliaciones de Plazo N° 01 y N° 02 para la ejecución de la obra. Asimismo, mediante Resoluciones Directorales N° 485 y N° 500-2015-MTC/21 del 27 agosto del 2015 y 1 septiembre de 2015, Provías aprobó las Ampliaciones de Plazo N° 03 y N° 04 por 11 y 04 días calendario, difiriéndose el vencimiento del plazo contractual al 6 de septiembre de 2015.
- 4.4. También, mediante Resoluciones Directorales N° 561, N° 578 y N° 612-2015-MTC/21, del 21 de septiembre de 2015, 25 de septiembre de 2015 y 12 de octubre de 2015, respectivamente, Provías declaró improcedentes las Ampliaciones de Plazo N° 05, N° 06 y N° 07. De igual manera, mediante Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 de fecha 27 octubre de 2015, declaró improcedente la Ampliación de Plazo N° 8.
- 4.5. El demandado indica que, mediante Carta Notarial N° 304765 de fecha 29 de octubre de 2015, el Consorcio les otorgó el plazo de 24 horas para implementar todos los mecanismos que permitan ejecutar la Partida 03.02 y sus sucesoras, bajo apercibimiento de resolución parcial del contrato. Así, mediante Carta Notarial N° 304810 de fecha 2 de noviembre de 2015, el Consorcio procede a resolver parcialmente el contrato.
- 4.6. **Respecto a la primera pretensión principal**, el demandado señala que la declaración de improcedencia de la Ampliación de plazo N° 5 trajo como consecuencia que el plazo contractual culminara el 6 de septiembre de 2015.
- 4.7. Además, el demandado indica que debe tenerse en cuenta que, mediante Oficio N° 489-2015-MTC/21.UGTR del 21 de agosto del 2015, absolvió la consulta hecha por el supervisor de la obra, quien a través de la Carta N° 053-2015-AMC/SUPERVISION CALIPUY de fecha 20 de agosto de 2015 trasladó la consulta hecha por el Consorcio en el Asiento N° 321 del cuaderno de obra, sobre quién está encargado de la elaboración del Expediente Técnico de las Prestaciones Adicionales.



- 4.8. Provías menciona que, en atención a la consulta antes mencionada, el administrador de contratos de la entidad, a través de su Informe N° 125-2016-MTC/21.UGTR.MADN de fecha 21 de agosto de 2015, recomendó a la gerencia de la UGTR que sea el contratista quien se encargue de la elaboración del Adicional de Obra N° 03, debido a que ellos conocían la situación de la obra en ese momento y contaban en obra con todos los recursos para ello.
- 4.9. Por lo expuesto, Provías manifiesta que, dentro del plazo, atendió la consulta hecha por la supervisión. Por su parte, el Consorcio tomó conocimiento de la respuesta, tal como se puede advertir del Asiento N° 331 de fecha 21 de agosto de 2018 del Cuaderno de Obra.
- 4.10. Además, prueba de que el Consorcio conoció la respuesta de Provías es el Asiento N° 334 del Cuaderno de Obra, en el que el Consorcio comunicó a la supervisión lo siguiente:

"Que mediante carta N° 087-2015-CSII de fecha 22.08.2015 se ha adjuntado el Informe N° 05-2015-CSII-JGR-AR en donde se adjunta la memoria descriptiva de los mayores metrados por replanteo en partidas de obras preliminares, obras de arte y transporte, ante la denegatoria del adicional N° 02, se hace indispensable contar con la opinión de la supervisión y proyectista para volver a presentar un nuevo adicional de obra para poder culminar la obra, siendo su aprobación necesaria e indispensable para conseguir el objetivo y metas del proyecto, se le solicita su revisión y pronunciamiento"

- 4.11. Provías menciona que, pese a que la consulta del Consorcio fue atendida oportunamente, el demandante manifiesta en su primera pretensión principal haber cumplido con las formalidades exigidas para solicitar una ampliación de plazo e indica el inciso de la causal, haciendo mención a su anotación N° 277.
- 4.12. De la revisión del asiento N° 277, en cuyo contenido el Consorcio indica como causal de la solicitud de Ampliación de Plazo N° 5 lo establecido en el artículo 207° del RLC, Provías aprecia que la causal planteada por el demandante está relacionada a la demora de la entidad en pronunciarse sobre la procedencia del Presupuesto Adicional N° 01 y el Deductivo Vinculante N° 01. Sin embargo, la entidad comunicó la improcedencia de lo solicitado, mediante Oficio N° 1302-2015-MTC/21 de fecha 7 de agosto de 2018, hecho que fue observado por el Consorcio, quien dejó constancia en el Asiento N° 277 de que la decisión debe ser suscrita por el titular del pliego, por lo que, posteriormente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió la Resolución Ministerial N° 492-2015-MTC/01.02 de fecha 20 de agosto de 2015 y notificada al Consorcio el 24 de agosto de 2015, tal como se puede apreciar del Asiento N° 348 de fecha 26 de agosto de 2015, fecha en la que el Consorcio manifestó haber tomado conocimiento de la referida Resolución Ministerial, a través de la cual se declaró Improcedente la solicitud de autorización del Adicional N° 01 y Deductivo N° 01.
- 4.13. Bajo ese contexto, Provías precisa que, dada la demora en pronunciarse sobre la improcedencia de la solicitud del Adicional N° 01 y Deductivo N° 01, de acuerdo a

lo establecido en el artículo 207° del RLCE, era procedente aprobar una ampliación de plazo, cuya causal tenía como inicio el 7 de agosto de 2015 (fecha en la que se comunicó a través de Oficio N° 1302-2015-MTC/21 la improcedencia del Adicional N° 01 y Deductivo N° 01) y término el 24 de agosto de 2015 (fecha en que se notificó la Resolución Ministerial N° 492-2015-MTC/01.02), por lo tanto le correspondía al Consorcio una ampliación de plazo de 18 días calendario.

- 4.14. Además, Provías menciona que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 201° del RLCE, el Consorcio debía de solicitar, cuantificar y sustentar su solicitud de ampliación de plazo. En ese sentido, dado que la causal culminó el 24 de agosto de 2015, el Consorcio tuvo como fecha límite hasta el 8 de septiembre de 2015. Sin embargo, el contratista no presentó su solicitud de ampliación de plazo en la fecha del 8 de septiembre de 2015, renunciando así a su derecho de obtener 18 días calendarios de ampliación de plazo, que le correspondía sin ninguna objeción.
- 4.15. Provías considera inexplicable que el Consorcio haya solicitado la ampliación de plazo N° 5, a través de la Carta N° 089-2015-CSII-RO de fecha 2 de septiembre de 2015, bajo la causal de falta de pronunciamiento e instrucciones por parte de la Entidad para la ejecución de la Partida 03.02 (Reposición de Afirmado); causal muy diferente a la planteada en la demanda arbitral.
- 4.16. El demandado señala que de la demanda se puede apreciar que el Consorcio sustenta su solicitud de ampliación de plazo en lo siguiente:

"El Consorcio Santiago II al haber tomado conocimiento de lo informado por la entidad con el Oficio N° 1302 -2015-MTC/21 de fecha 07 de Agosto del 2015, según su anotación N° 279 del Cuaderno de Obra de fecha 07.08.2015 traslada la consulta a la entidad solicitando instrucciones respecto a las acciones a tomar en relación a la ejecución de la partida 03.02, del mismo modo la Supervisión emite la consulta a la Entidad mediante Carta N° 048-2015-AMC/SUPERVISION CALIPUY de fecha 10.08.2015 y es recepcionada por la Oficina de Coordinación Zonal de La Libertad el día 10/08/2015, sobre las indicaciones a seguir respecto a la partida 3.02 Reposición de afirmado."

- 4.17. Bajo ese escenario, Provías recalca que el Consorcio afirma: *"Que de hecho la demora en la atención a las consultas realizadas sobre la indicación de las instrucciones a seguir sobre la partida 03.02 Reposición de afirmado, imposibilita la ejecución total de los trabajos contractuales, lo que altera el CAO Vigente y genera retraso de obra"*.
- 4.18. Según Provías, el demandante considera que, a la fecha de solicitada la ampliación de plazo N° 05 (07.09.2015), la Entidad no se había pronunciado respecto a las consultas realizadas sobre las instrucciones a seguir sobre la partida 03.02 Reposición de Afirmado, por lo que corresponde una ampliación de plazo parcial de 14 días calendarios correspondientes al periodo del 19 de agosto de 2015 al 1 de septiembre de 2015.



- 4.19. Sobre el particular, el demandado considera que el Consorcio no ha tenido en cuenta que, a través de Carta N° 031-2015-MTC/21.LBT de fecha 10 de agosto de 2015 y recepcionada por el supervisor el 11 de agosto de 2015, la Oficina de Coordinación Zonal da respuesta a la consulta hecha por el supervisor de obra mediante la Carta N° 048-2015- AMC/SUPERVISION de fecha 10 de agosto de 2018 sobre las instrucciones para la ejecución de la partida 03.02 (Reposición de Afirmado). Así pues, la consulta planteada fue debidamente absuelta y, a su vez, el supervisor hizo de conocimiento del Consorcio la absolución de la consulta.
- 4.20. **Respecto a la segunda, tercera y cuarta pretensión principal**, Provías señala que la Ampliación del Plazo N° 5 fue correctamente rechazada, razón por la cual el plazo contractual venció el 6 de septiembre de 2015. En esa línea, las solicitudes de Ampliación de Plazo N° 6, 7 y 8 se realizaron fuera del plazo contractual, por lo que fueron debidamente rechazadas.
- 4.21. **Respecto a la quinta y sexta pretensión principal**, el demandado refiere que al haberse denegado correctamente las Ampliaciones de Plazo N° 5, 6, 7 y 8, la obra concluyó el 6 de septiembre de 2015. Por tanto, desde ese momento se generaron penalidades imputables al Consorcio, alcanzándose el 10% del monto contractual, situación que habilitó a la entidad la posibilidad de resolver el contrato.
- 4.22. **Respecto a la pretensión accesoria a la sexta pretensión principal**, el demandado señala que, al encontrarse su actuación dentro del marco legal y haber resuelto correctamente el contrato, no corresponde ningún tipo de indemnización a favor del Consorcio.
- 4.23. Por otro lado, respecto al enriquecimiento indebido señalado por el Consorcio, Provías deduce excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, ya que expresamente se ha excluido de la jurisdicción arbitral cualquier controversia que tenga como causa un enriquecimiento indebido.
- 4.24. **Respecto a la octava pretensión principal**, Provías precisa que por Resolución Ministerial N° 492-2015-MTC/01.02 de fecha 20 de agosto de 2015, se declaró improcedente la solicitud de autorización del Adicional N° 01, Deductivo N° 01 y Adicional N° 2, por las siguientes razones:
- i. El costo de los materiales no puede ser objeto de modificación por parte del contratista durante la ejecución del contrato, debiendo mantenerse los precios ofertados en su propuesta económica.
 - ii. No se ha dado cumplimiento a los lineamientos y formalidades que exige la normativa de contratación pública para este tipo de supuestos, como lo constituye la anotación en el cuaderno de obra, así como la definición de quien estará a cargo de la elaboración del Expediente Técnico correspondiente al adicional de obra submateria.
 - iii. Se ha tomado conocimiento que parte de los trabajos sobre los que versa el Presupuesto Adicional N° 01 y N° 02 han sido ejecutados por el

Consortio, hecho que devela la imposibilidad de su reconocimiento, puesto que, conforme al ordenamiento aplicable, para la ejecución de un adicional de obra se requiere de su aprobación previa.

- 4.25. Además, Provías aduce que el Consorcio pretende que se apruebe un adicional de manera indirecta, por lo que deduce excepción de incompetencia, ya que de acuerdo a la LCE y su reglamento dichas materias no son arbitrables.
- 4.26. **Respecto a la novena pretensión principal**, el demandado señala que, al carecer fundamento técnico-legal, corresponderá que se condene al Consorcio al pago de las costas y costos que se generen del presente proceso.

V. DE LA RECONVENCION PRESENTADA POR PROVÍAS DESCENTRALIZADO

- 5.1 Mediante escrito de fecha 11 de agosto de 2016, Provías presenta reconvención, señalando como pretensiones las siguientes:

Primera pretensión principal: Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304765 de fecha 29 de octubre de 2015, por la cual el Consorcio otorgó el plazo máximo de 24 horas para subsanar el supuesto incumplimiento relacionado a la Partida 03.02.

Segunda pretensión principal: Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304810 de fecha 2 noviembre de 2015, por la cual el Consorcio dispuso resolver parcialmente el Contrato N° 064-2015-MTC/21 por supuestas causas imputables a la entidad.

VI. DE LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCION PRESENTADA POR EL CONSORCIO

- 6.1 Con fecha 26 de septiembre de 2016, el Consorcio presentó su contestación a la reconvención planteada por Provías.
- 6.2 **Respecto a la excepción de incompetencia**, el Consorcio indica que en la demanda que presentaron no han solicitado al Tribunal Arbitral que evalúe las razones por las que los adicionales no fueron aprobados, ni que ordene a Provías emita el acto administrativo de aprobación de dichos adicionales, ya que no son materias arbitrables.
- 6.3 Asimismo, señala que lo único solicitado es que se pague los diversos trabajos que, para mitigar las protestas de los pobladores donde se desarrollaba la obra, fueron realizados con el conocimiento y anuencia de la Entidad
- 6.4 Según el Consorcio, en el Decreto Legislativo 1071 es imposible que las partes acuerden eximir del ámbito del arbitraje una o más materias, dado que se trata de una norma de orden público, contra la que es imposible pactar. Por tanto, en



aplicación del principio de kompetenz-kompetenz, solicita que el Tribunal declare su propia competencia.

- 6.5 **Respecto a la reconvención**, Provías solo se ha limitado a señalar cuales son las pretensiones reconvencionales sin argumento alguno, solo haciendo referencia a los argumentos esgrimidos a lo largo de la contestación de la demanda.
- 6.6 De la lectura de la contestación, el Consorcio aprecia que no existe línea alguna en la que se explique por qué serían nulas o ineficaces las Cartas Notariales, mediante las cuales el Consorcio resuelve parcialmente el contrato. Por tanto, en aplicación supletoria de lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, corresponde al Tribunal Arbitral declarar improcedente la reconvención, por no existir conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

VII. INCORPORACIÓN DEL DOCTOR IVES DANIEL BECERRA NACCHA AL TRIBUNAL ARBITRAL

Mediante la Resolución Administrativa N° 1 de fecha 5 de septiembre de 2016, la Corte de Arbitraje del Centro aceptó la renuncia del doctor Luis Felipe Pardo Narváez y, en consecuencia, otorgó un plazo para que el Consorcio designe a su árbitro de parte sustituto. El Consorcio designó como árbitro de parte sustituto al doctor Ives Daniel Becerra Naccha, quien aceptó el cargo encomendado.

VIII. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El 21 de diciembre de 2016, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos con la presencia de las partes, fijándose los siguientes puntos controvertidos:

Respecto del escrito de demanda presentado el 27 de mayo del 2016:

- **Sobre la Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo Parcial N° 05. Así también, determinar si corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 40,403.00.
- **Sobre la Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo Parcial N° 06. Así también ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 23,087.43.
- **Sobre la Tercera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo N° 07. Así también determinar si

corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 34,631.15.

- **Sobre la Cuarta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo N° 08. Así también determinar si corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 52,002.27
- **Sobre la Quinta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar ineficaz o inválida la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que declaró resuelto el Contrato.
- **Sobre la Sexta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la eficacia o validez de la resolución parcial del contrato comunicada a través de la carta notarial N° 304810.
- **Sobre la Primera Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no como consecuencia de ampararse la sexta pretensión principal, ordenar a Provías reconozca una indemnización ascendente a S/. 14,493.95, en la liquidación del Contrato, lo cual equivale al 50% de la utilidad prevista para las partidas no ejecutadas materia de resolución.
- **Sobre la Séptima Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no ordenar a Provías el pago de la suma de S/. 789,235.31 por la ejecución de mayores metros por replanteo de obras preliminares, obras de arte y transporte.
- **Sobre la Octava Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no ordenar a Provías que cumpla con cancelar los honorarios y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral.

Respecto del escrito de contestación de demanda y reconvención presentado el 11 de agosto de 2016:

- **Sobre la Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304765 del 29 de octubre del 2015, por la cual el Consorcio otorgó a la entidad el plazo máximo de 24 horas para subsanar el supuesto incumplimiento relacionado a la Partida 03.02.
- **Sobre la Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304810 de fecha 02 noviembre.2015, por la cual el Consorcio dispuso resolver parcialmente el Contrato N° 064-2015-MTC/21 por causas imputables a Provías.

Respecto de las costas y costos, el Tribunal Arbitral determinará su distribución.

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.



Asimismo, declaró que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podría omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

El Tribunal Arbitral dejó expresa constancia que los puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje literal b).

Finalmente, respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad.

En la misma audiencia se admitieron como medios probatorios los documentos ofrecidos tanto por el demandante como por el demandado, consistentes en:

Demanda

- Los documentos ofrecidos en el acápite III "Medios Probatorios" identificados como anexos del 1-A al 1-ÑÑ.

Contestación a la demanda

- Mediante el escrito de contestación de demanda, Provías Descentralizado se reservó el derecho de presentar medios probatorios en un escrito posterior, sin embargo, a la fecha no lo ha hecho.

IX. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

Mediante el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos escritos.

Habiendo las partes presentado sus alegatos escritos, mediante la Resolución N° 8, se tuvieron por presentados los alegatos por las partes.

X. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Con fecha 15 de diciembre 2017, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral, Provías y el Consorcio; con la finalidad de que las partes informen oralmente sus alegatos finales.

XI. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 23, notificada a las partes el 6 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral declaró que el arbitraje se encontraba en estado para laudar, por lo que fijó el plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales, para emitir el laudo arbitral.



XII. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LAUDAR

Mediante la Resolución N° 24, notificada a las partes el 11 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral consideró conveniente hacer uso del derecho de la prórroga y amplió el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles adicionales, contado a partir del día hábil siguiente de vencido el término original.

XIII. ASPECTOS PRELIMINARES

- 13.1 El Tribunal arbitral señala que resolverá la presente controversia a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.
- 13.2 En este estado, el Tribunal Arbitral, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:
- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron incondicionalmente.
 - En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral.
 - Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
 - Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.
 - El Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
- 13.3 Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

XIV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 14.1 Corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para

determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

- 14.2 Debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

Sobre la excepción de incompetencia formulada por Provías mediante su escrito de contestación de demanda

- 14.3 Al respecto, es importante tener en consideración lo que el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje (en adelante LA) establece en sus artículos.

- 14.4 El numeral 1 del artículo 41 de la LA establece:

"1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

- 14.5 Conforme con lo expresado por la citada norma, el Tribunal Arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia. Siendo esto así, procederá a resolver la excepción de incompetencia.

- 14.6 Provías cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral respecto de lo siguiente:

- (i) En la Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal deduce excepción de incompetencia respecto de la figura del enriquecimiento indebido o sin causa, la cual ha sido excluida expresamente de la jurisdicción arbitral.
- (ii) En la Séptima¹ Pretensión Principal deduce excepción de incompetencia pues el Contratista pretende que se le apruebe un adicional de forma

¹ En el escrito de demanda se enumeró erróneamente como Octava pretensión, lo cual fue corregido al establecer en los puntos controvertidos que se trata de la Séptima pretensión.

indirecta, lo cual no es admitido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento pues las prestaciones adicionales son materia no arbitrable;

Excepción de incompetencia respecto de la figura del enriquecimiento indevido o sin causa (Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal)

- 14.7 En este punto, es importante tener en cuenta que la normatividad aplicable señala las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Así, el numeral 52.1 del artículo 52 de la LCE indica que:

"52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia."

- 14.8 El numeral citado establece que las controversias que surjan entre las partes sobre asuntos derivados del contrato pueden ser sometidas a conciliación o arbitraje, asimismo, se deberá tener en cuenta lo pactado entre las partes.

- 14.9 A su vez, el numeral 1 del artículo 13 de la LA indica lo siguiente:

"1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza."

- 14.10 Conforme con la citada norma, mediante el convenio arbitral las partes de una relación jurídica deciden someter a arbitraje las controversias que están relacionadas al contrato en si mismo. Cabe mencionar que, así como las partes pueden señalar las controversias que van a someter a arbitraje, también pueden definir aquellas que no podrán ser sometidas a arbitraje.

- 14.11 Siendo esto así, corresponde tener en cuenta lo que señala el convenio arbitral del Contrato materia del presente arbitraje. Así, el numeral 18.4 de la Cláusula Décimo Octava - convenio arbitral del Contrato dispone lo siguiente:

"18.4 De conformidad con el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado se somete a arbitraje las controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato. No se someterá a arbitraje las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato, entre ellas, las que se reclamen por vía de enriquecimiento sin causa."(El subrayado es agregado)

- 14.12 El Tribunal Arbitral concluye que lo pactado resulta vinculante para las partes, por ello, habiéndose pactado que las controversias relacionadas a la figura del

enriquecimiento sin causa no podrán ser sometidas a arbitraje, el Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse respecto de enriquecimiento sin causa o indebido.

- 14.13 Sin perjuicio de lo anterior, corresponde verificar si es que la Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal versa respecto de materias que no son materia arbitrable.

- 14.14 La Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal de la demanda señala literalmente lo siguiente:

“2.5.1. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: DEBE RECONOCERSE UNA INDEMNIZACIÓN EQUIVALENTE AL 50% DE LA UTILIDAD PREVISTA EN LAS PARTIDAS NO EJECUTADAS

Como consecuencia de la declaración de validez de nuestra resolución parcial comunicada a través de la carta notarial N° 304810 (anexo 1-G), se debe ordenar a PROVIAS DESCENTRALIZADO que, de conformidad con lo establecido por el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pague la suma de S/. 14,493.95 que equivale al 50% de la utilidad prevista para las Partidas No Ejecutadas materia de resolución señalada”.

- 14.15 Conforme se verifica en el texto de la Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal citada, dicha pretensión no se sustenta en el enriquecimiento indebido o enriquecimiento sin causa, sino en lo previsto por el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADA la excepción de incompetencia planteada respecto de la Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal.

Excepción de incompetencia respecto de aprobar por vía indirecta un adicional (Sétima Pretensión Principal)²

- 14.16 Provías argumentó que los temas que versan sobre prestaciones adicionales no son materia arbitrable. En virtud de lo señalado, Provías indica que el Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse respecto de las decisiones, esto es, de las aprobaciones o denegatorias que Provías realizó durante la ejecución del Contrato.
- 14.17 Cabe precisar que para resolver la presente excepción el tribunal arbitral se limitará a evaluar y se pronunciará exclusivamente sobre los fundamentos de la pretensión y los esgrimidos para sustentar la excepción. En tal sentido el

² Referida erróneamente como Octava pretensión en la demanda.

pronunciamiento sobre la excepción no restringe la atribución del Tribunal Arbitral para evaluar la procedencia de la pretensión bajo análisis.

14.18 Al respecto, el numeral 41.5 de la LCE establece lo siguiente:

"41.5. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje 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." (El subrayado es agregado)

14.19 De acuerdo al citado numeral, las decisiones relacionadas a las aprobaciones o denegatorias de las prestaciones adicionales no pueden ser sometidas a arbitraje.

14.20 Conforme con el numeral 40 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se entiende como prestación adicional a "aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal."

14.21 El Consorcio sostiene que no han solicitado al Tribunal Arbitral que evalúe las razones por las que los adicionales no fueron aprobados, ni que ordene a Provías emita el acto administrativo de aprobación de dichos adicionales, ya que no son materias arbitrables.

14.22 Al respecto, el Tribunal Arbitral verifica del texto de la demanda que, efectivamente, Consorcio no ha solicitado que se evalúen las razones por las que los adicionales no fueron aprobados, ni que ordene a Provías emita el acto administrativo de aprobación de dichos adicionales.

14.23 Conforme se verifica en el texto de la presente Pretensión Principal, ésta no se sustenta en discutir las razones por las que los adicionales no fueron aprobados, ni que ordene a Provías emita el acto administrativo de aprobación de dichos adicionales, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral declare INFUNDADA la excepción de incompetencia referida a aprobar por vía indirecta un adicional planteada respecto de la Séptima Pretensión Principal³.

Primera pretensión principal de la demanda

³ Referida erróneamente como Octava pretensión en la demanda.

- *Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo Parcial N° 05. Así también, determinar si corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 40,403.00.*
- 14.24 En virtud a la primera pretensión de la demanda, el Tribunal Arbitral realizará el análisis correspondiente. Este extremo de la controversia está referido a determinar si corresponde declarar o no la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 y, por tanto, realizar la aprobación de la ampliación del plazo N 5°. Asimismo, se analizará si corresponde ordenar a Provías el pago de mayores gastos a favor del Consorcio.
- 14.25 La presente controversia tiene como tema central la procedencia o no de las ampliaciones de plazo solicitadas por el Consorcio. Por tanto, corresponde tener en cuenta lo que la LCE y el RLCE establecen respecto de las ampliaciones de plazo.
- 14.26 El numeral 41.6 del artículo 41 de la LCE indica que: *"El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual."*
- 14.27 A su vez, respecto de la ampliación del plazo, el RLCE establece lo siguiente:

"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo.
En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*
- 2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
- 3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
- 4. Por caso fortuito o fuerza mayor.*

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.



Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión”.

“Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*
- 2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.*
- 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.”*

“Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

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

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.



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

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

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

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

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

- 14.28 De las normas antes citadas, se aprecia que las ampliaciones de plazo pueden ser solicitadas por los contratistas. Dichas solicitudes solo procederán cuando se presenten las causales establecidas por la norma y se haya afectado y/o modificado el cronograma contractual. Asimismo, el contratista deberá seguir con el procedimiento establecido en la normatividad aplicable.
- 14.29 Ahora bien, señalados los artículos que son de aplicación, corresponde realizar el análisis al caso concreto.

Sobre el Expediente Técnico

- 14.30 Al respecto, el numeral 24 del Anexo Único del RLCE señala que el Expediente Técnico es un documento que contiene las cuestiones necesarias para la adecuada ejecución de la obra. Así, indica que es:

"El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios."

- 14.31 De los medios de prueba aportados, se tiene que el Expediente Técnico contuvo errores y, por tanto debió ser modificado para la adecuada ejecución de la obra.
- 14.32 Uno de los problemas relevantes para el análisis consiste en la incompatibilidad de las especificaciones técnicas (de la partida 03.02 reposición del afirmado) respecto del verdadero estado de la zona en donde se ejecutarían los trabajos correspondientes.
- 14.33 Dicho problema fue conocido de forma temprana por el Consorcio y comunicado al Supervisor, quien posteriormente lo evidenciaría mediante una anotación en el cuaderno de obra⁴. Por tanto, existiendo dicha incompatibilidad, resultaba contraproducente para alcanzar la finalidad del Contrato que el Consorcio ejecute los trabajos conforme las especificaciones técnicas erróneas del Expediente.
- 14.34 Queda claro entonces, que eran necesarias nuevas especificaciones técnicas para la ejecución de los trabajos contenidos en la partida 03.02- reposición de afirmado.

Sobre la solicitud de ampliación de plazo

- 14.35 Por lo mencionado en el punto precedente, se sabe que el Consorcio quedó instruido por la supervisión para la presentación de una propuesta de trabajos adicionales y correspondientes deductivos⁵.
- 14.36 Es así que, conforme a las indicaciones de la supervisión, el Consorcio presentó las propuestas correspondientes al adicional y al deductivo por medio de las cartas N° 074-2015-CSII-RO y N° 075-2015-CSII-RO⁶, las cuales son declaradas improcedentes por Provías mediante el Oficio N° 1302-2015-MTC/21⁷ de fecha 07 de agosto de 2015. Cabe precisar, que de la lectura del referido oficio, no se ha observado alguna especificación técnica aportada por Provías para la ejecución de la partida en mención (03.02).

⁴ Anotación en el cuaderno de obra N° 207 de fecha 7 de julio de 2015. (Anexo 1-M de la Demanda)

⁵ Anotación en el cuaderno de obra N° 217 de fecha 10 de julio de 2015. (Anexo 1-N de la Demanda)

⁶ Cartas N° 074-2015-CSII-RO (Anexo 1-Ñ de la Demanda) y N° 075-2015-CSII-RO (Anexo 1-M de la Demanda).

⁷ Oficio N° 1302-2015-MTC/21⁷ (Anexo 1-P de la Demanda)

- 14.37 Ante la denegatoria de Provías y a causa de la falta de instrucciones técnicas para la elaboración de la partida 03.02, el residente de obra procede a solicitar las instrucciones correspondientes mediante la anotación 279 en el cuaderno de obra⁸ el 7 de agosto de 2015.
- 14.38 Posteriormente, el supervisor, mediante Carta N 048-2015-AMC/SUPERVISIÓN CALIPUY de fecha 10 de agosto de 2015⁹, eleva la consulta realizada por el Consorcio a Provías con el fin de obtener las instrucciones técnicas pertinentes.
- 14.39 Así, mediante Resolución Ministerial N°492-3015-MTC/01.02 de fecha 20 de agosto de 2015, Provías se pronuncia nuevamente al respecto y decide reiterar la improcedencia de las solicitudes del adicional y del deductivo correspondiente¹⁰. De la lectura de dicha Resolución, tampoco se observan instrucciones técnicas sobre la ejecución de la partida 03.02-reposición del afirmado.
- 14.40 Siendo esto así, se sabe que el Consorcio realizó diversas consultas sobre las instrucciones técnicas para la ejecución de la partida 03.02 sin obtener respuesta alguna. Dichas consultas las realizó mediante anotaciones en el cuaderno de obra¹¹.
- 14.41 En vista de que, el Consorcio no tuvo las instrucciones técnicas correspondientes, no pudo seguir con la ejecución de la obra pues, la partida 03.02 era sumamente necesaria para la ejecución de las partidas siguientes. Por tanto, la falta de instrucciones técnicas generaron que el Consorcio no pueda continuar ejecutando la partida 03.02 y demás partidas vinculadas a la partida 03.02, lo cual fue ajeno a la voluntad del contratista.
- 14.42 Según el numeral 41.6 del artículo 41 de la LCE, el contratista puede solicitar una ampliación de plazo cuando se encuentre ante un atraso y/o paralización ajena a su voluntad que modifique el cronograma contractual.
- 14.43 Asimismo, respecto de las causales de ampliación de plazo, el numeral 3 del artículo 175 del RLCE dispone que procede la ampliación de plazo "*Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad*". De igual manera, el numeral 2 del artículo 200 del RLCE señala que el contratista puede solicitar una ampliación de plazo cuando se deba a "*Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad*."
- 14.44 En el presente caso, se encuentra acreditado que existe una incompatibilidad entre el Expediente Técnico y el estado real de la zona en donde se ejecutarían los

⁸ Anotación en el cuaderno de obra N° 277 y N° 279 de fecha 7 de agosto de 2015. (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N 6 por Provías)

⁹ Carta N° 048-2015-AMC/SUPERVISIÓN CALIPUY (Anexo 1-Q de la Demanda)

¹⁰ Resolución Ministerial N 492-3015-MTC/01.02 (Anexo 16 de los alegatos complementarios presentado por Provías)

¹¹ Anotaciones en el cuaderno de obra (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N° 6 por Provías)

trabajos. Ante ello, correspondía la dación de nuevas especificaciones técnicas, de lo contrario, la ejecución de la obra conforme al Expediente erróneo resultaría contraproducente para la finalidad del Contrato. Todo ello conforme a los diversos medios de prueba aportados, como el Informe Especial elaborado por la supervisión en donde se concluye que, de acuerdo al estado real de la zona, las especificaciones técnicas reales son distintas a las contenidas en el Expediente Técnico: "4. De acuerdo a los valores obtenidos en el presente informe se concluye que se necesita una capa uniforme de rodadura con una estructura de AFIRMADO con un espesor de 0.15m"¹². Cabe señalar, que en el Expediente Técnico el espesor del material (afirmado) es menor al señalado por la supervisión y por el Consorcio. A su vez, la supervisión también solicitó a Provías las indicaciones técnicas mediante el asiento N° 280 del cuaderno de obra¹³.

- 14.45 Siendo esto así, de los medios de prueba se concluye que el Consorcio emitió diversas consultas sobre dicho problema sin tener respuesta alguna, debiendo entenderse por tal a instrucciones precisas que resuelvan la duda o controversia técnica sometida a consulta. Provías emitió un Oficio mediante el cual denegaba las solicitudes de nuevos adicionales y deductivo, asimismo, emitió una Resolución Ministerial reiterando la denegatoria. Sin embargo, ningún documento indicó las instrucciones técnicas necesarias para la ejecución de la partida 03.02.
- 14.46 Al no tener las indicaciones técnicas, el Consorcio no pudo ejecutar la partida 03.02 ni las siguientes dependientes de la partida mencionada, generando una afectación al cronograma de la obra. Por tanto, la causal se configura por la demora en la dación de indicaciones técnicas por parte de Provías para que el Consorcio pueda ejecutar los trabajos correspondientes.
- 14.47 Provías indicó en su contestación de demanda que sí se pronunció respecto de las consultas emitidas por el Consorcio. Así, expresa que el inicio de la causal fue el 7 de agosto de 2015 y el término de la misma fue el 24 de agosto de 2015, fecha en la que Provías emitió la Resolución Ministerial mediante la cual deniega las solicitudes de adicionales y deductivos. Es preciso mencionar, que también emitió un Oficio de fecha anterior a la Resolución indicando su decisión de declarar improcedente el adicional 01 y deductivo 01, dicha decisión no cumplió con la formalidad establecida en la ley, sin embargo, evidencia desde el momento de su notificación cuál sería la decisión de Provías respecto de los deductivos y adicionales (sobre la partida 03.02). Por tanto, señala Provías que le correspondía al Consorcio solicitar una ampliación de 18 días dentro del plazo establecido en el artículo 201 del Reglamento pero no lo hizo dentro del periodo, perdiendo su derecho a la ampliación. No obstante, cabe considerar que las consultas del Consorcio fueron absueltas por Provías mediante la Carta N° 031-2015-MTC/21.LBT¹⁴ entre otras, toda vez que previamente se había concluido que las

¹² Carta N° 061-2015-AMC/SUPERVISIÓN CALIPUY (Anexo 10 de los Alegatos Complementarios presentados por Provías)

¹³ Anotaciones en el cuaderno de obra (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N° 6 por Provías)

¹⁴ Carta N° 031-2015-MTC/21.LBT (Anexo 5 de los Alegatos Complementarios presentados por Provías)

especificaciones técnicas para la partida 03.02 eran incompatibles y, por ende, incorrectas para la ejecución de los trabajos. De la lectura de la Resolución Ministerial y del Oficio, se tiene que Provías solo denegó el deductivo 01 y el adicional 01 sin adjuntar ninguna especificación y/o instrucción técnica respecto de cómo se realizarían los trabajos de la partida 03.02., reposición de afirmado. A criterio del Tribunal Arbitral, la autorización de seguir con el Expediente Técnico original para la ejecución de los trabajos no puede constituir absolución de la consulta planteada por el Consorcio ni mucho menos alguna instrucción técnica pues, ya se había manifestado que dicho expediente era inadecuado para la ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio.

- 14.48 Cabe afirmar entonces, que se generó una causal de ampliación de plazo referente a la falta de instrucciones técnicas para la ejecución de la partida 03.02 por parte de Provías, lo cual generó una afectación al cronograma contractual. Dicha afectación se evidencia en el sentido de que la no ejecución de la partida 03.02 por falta de indicaciones técnicas imposibilitó la ejecución de las partidas vinculadas.
- 14.49 Conforme con lo mencionado, la falta de especificaciones técnicas por parte de Provías corresponde a una causal de ampliación de plazo, toda vez que es un hecho imputable a Provías que no ha permitido la ejecución de algunas partidas vinculadas a la partida 03.02, lo cual no es imputable al Consorcio y que modifica y/o afecta el cronograma contractual.
- 14.50 Respecto a las formalidades para la solicitud de ampliación de plazo, mediante carta N° 089-2015-CSII-RO de fecha 3 de septiembre de 2015, el Consorcio presentó su solicitud de Ampliación de Plazo N° 5 indicando la causal de falta de pronunciamiento e instrucciones técnicas para la ejecución de la Partida 03.02-Reposición del Afirmado, hecho que, conforme a lo desarrollado en los puntos precedentes, corresponde a un suceso imputable a Provías.
- 14.51 De acuerdo al primer párrafo del artículo 201 del RLCE:
- "Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo."*
- 14.52 Acorde con la norma citada, para que proceda la solicitud de ampliación de plazo, el Consorcio tuvo que realizar la anotación correspondiente en el cuaderno de obra sobre las circunstancias de la causal durante el inicio, ocurrencia y término de la misma.
- 14.53 De los medios de prueba aportados, se tiene que el Consorcio, por medio de su residente de obra, realizó las anotaciones correspondientes acerca del inicio de la causal (Asiento 279 del cuaderno de obra). Asimismo, durante la ocurrencia de las circunstancias, se realizaron las anotaciones 289, 290, 294, 299, 303, 307, 310,



313, 318, entre otras, mediante las cuales el Consorcio solicitó instrucciones técnicas para la ejecución de la partida 03.02. Respecto al término de la causal, el Consorcio, antes de que plazo contractual culmine, realizó la anotación N° 369 en el cuaderno de obra, indicando el término de la causal, asimismo, señaló que iba a proceder con la elaboración de la solicitud de ampliación correspondiente¹⁵. Por consiguiente, el Consorcio cumplió con lo establecido en la normatividad referente al procedimiento de solicitud de ampliación de plazo.

- 14.54 Luego de haber realizado el análisis correspondiente, se tiene que la solicitud de ampliación N° 5 fue elaborada conforme con los lineamientos establecidos en la normatividad, tanto en el supuesto aplicado como en el procedimiento seguido por lo que corresponde declarar fundada la presente pretensión en lo relativo a declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 y fundada también en lo referido a aprobar la ampliación de plazo N° 5.

- 14.55 Respecto al pago de mayores gastos, el artículo 202 del RLCE indica lo siguiente:

"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 prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

- 14.56 Conforme el artículo citado, cabe el reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables cuando se haya aprobado una ampliación de plazo contractual, siempre que se encuentren debidamente acreditados.

¹⁵ Anotaciones en el cuaderno de obra. (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N 6 por Provías)

- 14.57 Asimismo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (En adelante, OSCE) señala en su Opinión N° 175-2015/DTN que *"el efecto económico de la ampliación del plazo de ejecución de obra es el pago de mayores gastos generales variables"*.
- 14.58 El OSCE define a los mayores gastos generales variables como *"aquellos costos indirectos que se originan por el incremento del plazo de ejecución de una obra"*.
- 14.59 Conforme con lo descrito, si la ampliación de plazo, solicitada por el Consorcio, debe ser aprobada, también corresponde que Provías reconozca y pague los mayores gastos generales variables que se generaron debido a la ampliación del plazo contractual, siempre que se encuentren debidamente acreditados.
- 14.60 Hay que precisar que el pago de estos conceptos deberá realizarse conforme a los gastos que se encuentren debidamente acreditados, como lo expresa el artículo 202 del RLCE, toda vez que la causal de la ampliación de plazo se motiva en una paralización.
- 14.61 De acuerdo con lo mencionado, el reconocimiento y pago de mayores gastos generales variables debe realizarse conforme con los documentos que acrediten los gastos en los que incurrió realmente el Consorcio durante la ocurrencia de la circunstancia que ameritó la ampliación del plazo contractual.
- 14.62 El Tribunal Arbitral, tras analizar las pruebas presentadas en la presente controversia, concluye que no ha sido aportada ni ofrecida ninguna prueba que permita acreditar cuáles han sido los mayores gastos derivados de la ampliación de plazo N° 5, ni tampoco prueba alguna que permita determinar su cuantificación, por lo que corresponde que este colegiado declare infundada la presente pretensión en lo relativo al pago de mayores generales provenientes de la ampliación de plazo N° 5.
- 14.63 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 5, declarando también FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 5 por el plazo de 14 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 5.

Segunda Pretensión Principal de la Demanda

- *"Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de*

Plazo Parcial N° 06. Así también ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 23,087.43."

- 14.64 En vista que el Tribunal Arbitral declaró fundada la primera pretensión principal de la demanda respecto a la aprobación de la ampliación de plazo N° 5, se tiene como consecuencia la modificación del plazo contractual, ampliándolo en 14 días calendario. Por tanto, la fecha de término del plazo del Contrato no es el día 6 de septiembre de 2015 sino el día 20 de septiembre de 2015.
- 14.65 Conforme con lo anterior, el Consorcio solicitó la ampliación de plazo N° 6 mediante la Carta N° 092-2015-CSII-RO de fecha 14 de septiembre de 2015.
- 14.66 Respecto a la ampliación de plazo, el artículo 41 de la LCE y los artículos 175 y 200 del RLCE señalan que el contratista puede solicitar ampliaciones de plazo cuando se den atrasos y/o paralizaciones ajenas o no imputables al contratista y que modifiquen el cronograma contractual.
- 14.67 Como se analizó en la primera pretensión principal, en el presente caso se generó una paralización de la obra por la falta de especificaciones técnicas para la elaboración de los trabajos de la partida 03.02. Ello en virtud de que se había concluido que el Expediente Técnico presentaba errores en las especificaciones y, por tanto, los trabajos no podían ser ejecutados conforme dichas indicaciones erróneas. Provías tenía que proporcionar al Consorcio las instrucciones técnicas necesarias para los trabajos, sin embargo, Provías nunca lo hizo. Esto generó que el Consorcio no pueda cumplir con las prestaciones debidas. Cabe precisar, que la falta de instrucciones técnicas afectaba el cronograma contractual, toda vez que el Consorcio no tenía las especificaciones técnicas necesarias para ejecutar la partida 03.02, este hecho tuvo como consecuencia que tampoco se puedan ejecutar las partidas vinculadas a la partida 03.02. Por tanto, se concluye que el Consorcio se encontraba en uno de los supuestos establecidos en el artículo 41 de la LCE, así como en el artículo 200 del RLCE.
- 14.68 Respecto de las formalidades establecidas la normatividad, el primer párrafo del artículo 201 del RLCE establece lo siguiente:

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



invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo."

- 14.69 Conforme con la disposición citada, para que proceda la solicitud de ampliación de plazo, es necesario que el contratista realice las anotaciones exigidas en el cuaderno de obra. Asimismo, se deberá realizar la presentación de la solicitud formal dentro de los 15 días siguientes a la terminación de la causal.
- 14.70 De los medios de prueba aportados por ambas partes, se concluye que el Consorcio cumplió con realizar las anotaciones requeridas acorde al artículo 201 del RLCE¹⁶. Por tanto, el Consorcio efectuó las anotaciones correspondientes a los pedidos de instrucciones técnicas que solicitó a Provías constantemente.
- 14.71 A través de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/2, Provías declara la improcedencia de la solicitud de ampliación N° 6. En dicha resolución Provías indica que la solicitud presentada por el Consorcio carece de los requisitos establecidos en la normatividad, toda vez que fue presentada de forma extemporánea, es decir, fuera del plazo.
- 14.72 El tercer párrafo del artículo 201 del RLCE señala que *"Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo."* Siendo esto así, una solicitud de ampliación de plazo no procede en los casos en los que haya sido presentada fuera del plazo contractual.
- 14.73 Al respecto, con la aprobación de la ampliación de plazo N° 5 se modificó la fecha de término del contrato, extendiéndose hasta el día 20 de septiembre de 2015. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que habiendo el Consorcio presentado la solicitud de ampliación N° 6, mediante la Carta N° 092-2015-CSII-RO, el día 14 de septiembre de 2015, lo hizo dentro del plazo contractual y por ende, dicha solicitud no fue presentada de forma extemporánea.
- 14.74 Conforme con lo expresado, la solicitud de ampliación N° 6 fue elaborada de acuerdo con lo establecido en la normatividad aplicable, por lo que corresponde declarar fundada la presente pretensión en lo relativo a declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21 y fundada también en lo referido a aprobar la ampliación de plazo N° 6.
- 14.75 Si la ampliación de plazo N° 6, solicitada por el Consorcio, debe ser aprobada, también corresponde que Provías reconozca y pague los mayores gastos generales variables que se generaron debido a la ampliación del plazo contractual, siempre que se encuentren debidamente acreditados. Ello en virtud de la aplicación del artículo 202 del Reglamento en donde se reconoce que es deber de

¹⁶ Anotaciones en el cuaderno de obra. (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N° 6 por Provías)

una Entidad el pago de mayores gastos generales variables cuando se ha realizado una ampliación de plazo. El pago deberá estar referido a los gastos que el Consorcio haya acreditado.

- 14.76 El Tribunal Arbitral, tras analizar las pruebas presentadas en la presente controversia, concluye que no ha sido aportada ni ofrecida ninguna prueba que permita acreditar cuáles han sido los mayores gastos derivados de la ampliación de plazo N° 6, ni tampoco prueba alguna que permita determinar su cuantificación, por lo que corresponde que este colegiado declare infundada la presente pretensión en lo relativo al pago de mayores generales provenientes de la ampliación de plazo N° 6.
- 14.77 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, declarando también FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 6 por el plazo de 8 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 6.
- 14.78 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21, mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, declarando también FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 6 por el plazo de 8 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 6.

Tercera Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo N° 07. Así también determinar si corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 34,631.15.*
- 14.79 Dado que la ampliación de plazo N 6 fue aprobada por el Tribunal Arbitral, el plazo contractual se modificó. El número de días de la ampliación N° 6 es de 8 días calendario. Por tanto, como consecuencia de la ampliación de plazo N° 6, la fecha del término del Contrato se extendió hasta el 28 de septiembre de 2015.

- 14.80 Hecha esta precisión, corresponde analizar la solicitud de ampliación de plazo N° 7 (Carta N 093-2015-CSII-RO) mediante la cual el Consorcio solicitó una ampliación de 12 días calendario.
- 14.81 Al igual que las solicitudes de ampliación de plazo 5 y 6, la solicitud de ampliación de plazo 7 de fecha 28 de septiembre de 2015 también se fundamenta en la falta de pronunciamiento e instrucciones técnicas para la ejecución de la partida 03.02-reposición del afirmado. Como se concluyó en los apartados anteriores, Provías no proporcionó las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución de la partida 03.02. Este suceso generó una paralización de la obra, toda vez que el Consorcio no tenía las indicaciones necesarias. Al no poder ejecutar la partida 03.02, se concluye que el Consorcio se vio obstaculizado para ejecutar las demás partidas vinculadas a la partida en mención, generándose una afectación al cronograma contractual.
- 14.82 Sobre las formalidades a seguir para la presentación de una solicitud de ampliación de plazo, el RLCE ha establecido en el primer párrafo de su artículo 201 lo siguiente:

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

- 14.83 De acuerdo con la normatividad citada, se deberán realizar las anotaciones correspondientes en el cuaderno de obra sobre el inicio, durante la ocurrencia y el término de la causal. Solo así procederá la ampliación de plazo solicitada. Además, se deberá presentar de manera formal la solicitud dentro de los 15 días posteriores a la terminación de la causal.
- 14.84 Respecto de dichas formalidades, de los medios de prueba aportados, se tiene que el Consorcio cumplió con realizar las anotaciones en el cuaderno de obra exigidas por la normatividad¹⁷. Asimismo, mediante Carta N° 093-2015-CSII-RO de fecha 28 de septiembre, el Consorcio cumple con presentar formalmente su solicitud de ampliación de plazo N 7.
- 14.85 Provías declara la improcedencia de la ampliación N° 7 mediante la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21. En dicha resolución, Provías señala que la solicitud de ampliación de plazo N° 7 es declarada improcedente debido a que

¹⁷ Anotaciones en el cuaderno de obra. (Anexo 6-AB de los alegatos presentado mediante Escrito N 6 por Provías)

deviene en extemporánea. Sin embargo, con la aprobación de la ampliación de plazo N° 6, la fecha de término contractual se extendió hasta el 28 de septiembre de 2015. El Consorcio presentó la solicitud de ampliación de plazo N° 7 el 28 de septiembre de 2015, esto es, cuando el Contrato aún se encontraba vigente. Por consiguiente, la solicitud de ampliación de plazo N° 7 no deviene en extemporánea, ello en virtud de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 201 del Reglamento.

- 14.86 Conforme con lo expresado, la solicitud de ampliación N° 7 fue elaborada de acuerdo con lo establecido en la normatividad aplicable, por lo que corresponde declarar fundada la presente pretensión en lo relativo a declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21 y fundada también en lo referido a aprobar la ampliación de plazo N° 7.
- 14.87 Si la ampliación de plazo N° 7, solicitada por el Consorcio, debe ser aprobada, también corresponde que Provías reconozca y pague los mayores gastos generales variables que se generaron debido a la ampliación del plazo contractual, siempre que se encuentren debidamente acreditados. Ello en virtud de la aplicación del artículo 202 del Reglamento en donde se reconoce que es deber de una Entidad el pago de mayores gastos generales variables cuando se ha realizado una ampliación de plazo. El pago deberá estar referido a los gastos que el Consorcio haya acreditado.
- 14.88 El Tribunal Arbitral, tras analizar las pruebas presentadas en la presente controversia, concluye que no ha sido aportada ni ofrecida ninguna prueba que permita acreditar cuáles han sido los mayores gastos derivados de la ampliación de plazo N° 7, ni tampoco prueba alguna que permita determinar su cuantificación, por lo que corresponde que este colegiado declare infundada la presente pretensión en lo relativo al pago de mayores generales provenientes de la ampliación de plazo N° 7.
- 14.89 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 7, declarando también FUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 7 por el plazo de 12 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 7.

Cuarta Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no declarar la ineficacia o invalidez de la Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 y, en consecuencia, aprobar la Ampliación de Plazo N° 08. Así también determinar si corresponde ordenar a Provías el pago de los mayores gastos generales provenientes de dicha ampliación que ascienden a la suma de S/. 52,002.27*

- 14.90 Puesto que el Tribunal Arbitral declaró fundada la tercera pretensión y, por ende, aprobó la ampliación de plazo N° 7, se concluye que el plazo contractual se modificó. Así, la fecha de terminación del Contrato se extendió hasta el 10 de octubre de 2015. Ello en virtud de la extensión de 12 días calendario correspondiente a la ampliación de plazo N° 7.
- 14.91 El fundamento de la solicitud de la ampliación de plazo N° 8 es la falta de pronunciamiento e instrucciones técnicas para la ejecución de la partida 03.02- Reposición del afirmado. De acuerdo con todo lo desarrollado en los puntos precedentes, tal suceso generó una paralización de obra, ya que el Consorcio, por falta de especificaciones técnicas, no pudo realizar los trabajos contenidos en la partida 03.02-Reposición de afirmado. Dado que el Consorcio no pudo ejecutar la partida 03.02, las partidas vinculadas a la mencionada tampoco se pudieron ejecutar. Esto generó, evidentemente, una afectación en el cronograma contractual. Este hecho ocasionó la presencia de una causal de ampliación de plazo conforme con lo establecido en el numeral 2 del artículo 200 del RLCE. Por tanto, el Consorcio fundamentó su solicitud de ampliación de plazo conforme a las causales señaladas en la normatividad.
- 14.92 De acuerdo con lo desarrollado en los puntos controvertidos anteriores, para que proceda una ampliación de plazo, es necesario que el contratista efectúe las anotaciones exigidas en el cuaderno de obra (inicio, durante y terminación de la causal). De igual manera, otro requisito relevante es la presentación formal de la solicitud de ampliación de plazo, dicha solicitud deberá ser presentada dentro de los 15 días posteriores a la fecha del término de la circunstancia que nos lleva al supuesto de ampliación de plazo. Todo ello conforme al primer párrafo del artículo 201 del RLCE¹⁸.
- 14.93 Respecto del plazo para la presentación de la solicitud, el tercer párrafo del artículo 201 del RLCE establece que *"Toda solicitud de ampliación de plazo debe*

¹⁸ *"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo."*

efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo".

- 14.94 Ahora bien, es preciso mencionar que el Consorcio realizó la anotación correspondiente en el cuaderno de obra¹⁹. En dicha anotación, el Consorcio manifestó que procedería con la elaboración de la solicitud de ampliación N° 8.
- 14.95 El Consorcio solicitó la ampliación de plazo N° 8 por medio de la Carta N° 094-2015-CSII-RO. Dado que la fecha de la carta mencionada no ha sido señalada en los escritos de demanda ni en la contestación de la demanda, corresponde tomar en consideración la información señalada en la Resolución Directoral N 656-2015-MTC/21²⁰ mediante la cual Provias declara improcedente la solicitud de ampliación N° 8. Siendo esto así, en dicha Resolución Directoral, se indica que la fecha de recepción de la carta fue el 13 de octubre de 2015.
- 14.96 Corresponde precisar que, en el caso de la solicitud de ampliación N° 8, el Consorcio sólo realiza una anotación en el cuaderno de obra indicando que se procederá con la elaboración de la solicitud, dicho esto, cabe resaltar que no se encuentra ninguna manifestación sobre la presentación de la solicitud, como si lo hizo con las demás solicitudes de ampliación de plazo. A partir de esto y de la fecha señalada en la Resolución Directoral, se interpreta que el Consorcio no presentó la solicitud de ampliación de plazo N° 8 como máximo el 10 de octubre de 2015, fecha del vencimiento del plazo contractual, sino que lo hizo de forma posterior a esa fecha.
- 14.97 Por todo lo expuesto en el punto precedente, se concluye que la solicitud de ampliación de plazo N° 8 deviene en extemporánea, toda vez que fue presentada luego del vencimiento del plazo contractual. Como consecuencia de la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo N° 8 por extemporánea, no corresponde el pago de mayores gastos generales variables a favor del Consorcio.
- 14.98 El Tribunal arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión y, por tanto, resuelve que no corresponde declarar la ineficacia ni la invalidez de la Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 8. Asimismo, el Tribunal Arbitral indica que no corresponde el pago de mayores gastos generales variables derivado de la solicitud de ampliación de plazo N° 8.

¹⁹ Asiento N° 507 del Contratista, de fecha 10 de octubre 2015, Cuaderno de Obra (Anexo 1-JJ de la Demanda)

²⁰ Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 (Anexo 1-E de la Demanda)

Quinta Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no declarar ineficaz o inválida la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que declaró resuelto el Contrato.*

14.99 Puesto que el presente punto controvertido versa sobre la resolución de Contrato por la acumulación del monto máximo de penalidades, corresponde verificar lo que el Contrato establece sobre dicha figura. Así, la cláusula décimo quinta del Contrato indica lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA DEL CONTRATO: Resolución del contrato

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 169 y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

14.100 Asimismo, es importante tener en consideración lo que la Ley y su Reglamento establecen. Al respecto, el literal c) del artículo 40 de la LCE indica lo siguiente:

"c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

De acuerdo a la disposición citada, cabe la resolución de contrato por incumplimiento de prestaciones de la Entidad o del contratista.

14.101 Por su parte, el artículo 168 del RLCE establece las causales de resolución de contrato por incumplimiento en los siguientes términos:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*

2. *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*

3. *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169." (El subrayado es agregado)

14.102 Conforme al artículo citado, una Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista haya acumulado el monto máximo de penalidades (por mora u otras penalidades) en la ejecución de sus prestaciones, monto que puede ser igual o mayor al 10% del monto total del contrato.

14.103 Sobre el procedimiento de resolución de contrato a seguir, el artículo 169 del RLCE indica lo siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento." (El subrayado es agregado)

- 14.104 El citado artículo establece que la regla general a seguir para resolver el contrato por incumplimiento es el requerimiento previo a la resolución del contrato. Por tanto, la parte afectada tiene que otorgarle a su contraparte un plazo para que ésta subsane el incumplimiento. Sin embargo, para la resolución por acumulación del monto máximo de penalidades, el tercer párrafo del mencionado artículo indica que no será necesario el requerimiento en dicho supuesto.
- 14.105 Sobre cálculo de penalidades, los artículos 165 y 166 del RLCE señalan lo siguiente:

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: F = 0.25.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente."

"Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."

- 14.106 Por tanto, la resolución de contrato por acumulación de penalidades efectuada por la Entidad procederá cuando el contratista haya acumulado el monto máximo de penalidades. Asimismo, en este supuesto específico, solamente bastará la comunicación de la Entidad al contratista sobre la acumulación del monto máximo de penalidades y su decisión de resolver el contrato.
- 14.107 Aclarado los aspectos establecidos por la norma, corresponde analizar si la resolución de Contrato por acumulación de penalidades efectuada por Provías fue realizada conforme a las disposiciones de la LCE y el RLCE.
- 14.108 Conforme con lo resuelto en el primer, segundo, tercer y cuarto punto controvertido, las ampliaciones de plazo 5, 6 y 7 fueron aprobadas. Por tanto, la fecha del término del plazo contractual se extendió hasta el 10 de octubre de 2015 inclusive.
- 14.109 Siendo esto así, Provías procede a resolver el Contrato por el supuesto de acumulación del monto máximo de penalidades por medio de la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21²¹ de fecha 12 de noviembre de 2015.

En la citada Resolución Directoral, Provías indica que el monto por concepto de penalidades aplicadas al Consorcio supera el 10% del monto total del Contrato,

²¹ Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 (Anexo I-F de la Demanda)



encontrándose en el supuesto señalado en el numeral 2 del artículo 168 del RLCE²². Por lo que, decide resolver el Contrato invocando la causal mencionada.

Provías argumenta que el plazo contractual culminó el 6 de septiembre de 2015, por tanto, el Consorcio acumuló penalidades a partir del 7 de septiembre de 2015.

Es importante mencionar que, de acuerdo al certificado de terminación de obra²³, el término real de la obra ocurrió el día 19 de octubre de 2015. Así, para Provías, el Consorcio acumuló s/ 1'081,473.22 nuevos soles por concepto de penalidades referentes a 43 días de atraso injustificado.

- 14.110 Las penalidades se aplican, según al artículo 165 del RLCE, cuando se ha generado un retraso injustificado. Por ende, no corresponde la aplicación de penalidades en los casos en los que se haya realizado una ampliación de plazo, toda vez que las aprobaciones de ampliación de plazo modifican el plazo contractual, extendiendo el vencimiento de este. Por tanto, en el presente caso, las aprobaciones de las ampliaciones de plazo N° 5, 6 y 7 implican una extensión de los plazos y consecuentemente, no existe un retraso injustificado en el cumplimiento de prestaciones a cargo del Consorcio, hasta la fecha en que se extendió el contrato, es decir, hasta el 10 de octubre de 2015 inclusive.
- 14.111 Como se mencionó anteriormente, el plazo contractual se extendió hasta el 10 de octubre de 2015 debido a las aprobaciones de las ampliaciones N° 5, 6 y 7. Por tanto, el cómputo de los días de retraso injustificado debe iniciar el 11 de octubre de 2015 y no el 7 de septiembre del mismo año. Por ende, habiéndose acreditado con el certificado de terminación de obra²⁴ que el término real de la obra ocurrió el 19 de octubre de 2015, la aplicación de penalidades debe ser respecto de 9 días de retraso injustificado y no de 43 días.
- 14.112 Al realizar el cálculo del monto de las penalidades acumuladas por el Consorcio, el monto obtenido viene a ser una suma inferior al 10% del monto total del contrato. Esto se observa en la siguiente operación:

²² Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169." (El subrayado es agregado)

²³ Certificado de terminación de obra (Anexo 1-MM de la Demanda)

²⁴ Anexo 1-MM de la Demanda.

Fórmula:
$$\frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Penalidad diaria:
$$\frac{0.10 \times 4' 527,098.01}{0.15 \times 120} = s/25,150.54$$

Penalidad por 9 días de retraso: $s/25,150.54 \times 9 \text{ (días)} = s/226,354.86$

10% del monto total = $452,709.80 > 226,354.86$ (penalidad a pagar)

- 14.113 Conforme al cuadro del numeral precedente, el monto de las penalidades que resultan aplicables al Consorcio por retraso injustificado en el cumplimiento de sus prestaciones, ascendería a la suma total de S/ 226,354.86, monto que, evidentemente, es inferior al 10 % del monto total del Contrato. Por tanto, no se cumple con el presupuesto señalado en el numeral 2 del artículo 168 del RLCE que exige que las penalidades acumuladas sean iguales o mayores al 10 % del monto total del Contrato.
- 14.114 Por otro lado, Provías tampoco cumplió con seguir el procedimiento establecido en la normatividad, toda vez que el párrafo del artículo 169 del RLCE exige que la comunicación de la resolución por acumulación de penalidades se realice mediante una carta notarial²⁵. En el presente caso, Provías comunicó su decisión de resolver el Contrato mediante la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 y no se encuentra acreditado en la presente controversia que se haya cumplido con la notificación mediante carta notarial que exige la norma.
- 14.115 Por consiguiente, no corresponde que Provías resuelva el Contrato invocando la causal de acumulación máxima de penalidades, dado que, conforme con lo analizado, no se cumple en el presente caso y porque tampoco cumplió con la formalidad del procedimiento exigido por la normatividad para resolver el Contrato.
- 14.116 En tal sentido, el Tribunal Arbitral declara Fundada la presente pretensión y, por tanto, declara la ineficacia de la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 que resuelve el Contrato por acumulación del monto máximo de penalidades.

Sexta pretensión principal de la demanda, Primera Pretensión Reconvencional y Segunda pretensión Reconvencional

- *Determinar si corresponde o no declarar la eficacia o validez de la resolución parcial del contrato comunicada a través de la carta notarial N° 304810."*

²⁵ "No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato."





- *Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304765 del 29 de octubre del 2015, por la cual el Consorcio otorgó a la entidad el plazo máximo de 24 horas para subsanar el supuesto incumplimiento relacionado a la Partida 03.02.*
- *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304810 de fecha 02 noviembre.2015, por la cual el Consorcio dispuso resolver parcialmente el Contrato N° 064-2015-MTC/21 por causas imputables a Provías."*

14.117 Dado que la sexta pretensión principal de la demanda, la primera pretensión reconvenzional y la segunda pretensión reconvenzional están vinculadas entre sí, el Tribunal Arbitral, en uso de sus facultades, decide analizar estos tres puntos controvertidos en conjunto.

14.118 Una vez realizada dicha aclaración, procederá a efectuar el análisis correspondiente.

14.119 Este extremo de la controversia está referido a analizar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución parcial por incumplimiento efectuada por el Consorcio. Por ello, corresponde observar lo que el Contrato señala al respecto. Así, la cláusula decimoquinta del Contrato indica lo siguiente:

*"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA DEL CONTRATO: Resolución del contrato
Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167 y 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 169 y 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*

14.120 Asimismo, resulta importante tener en cuenta lo que la LCE y el RLCE disponen sobre este tema.

14.121 Al respecto, el literal c) del artículo 40 de la LCE establece lo siguiente:

"c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El



requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento." (El subrayado es agregado)

14.122 El literal citado indica que el contratista, al igual que la Entidad, posee el derecho de resolver el contrato, destacando que esta resolución procederá ante el incumplimiento de la Entidad de obligaciones esenciales.

14.123 De igual manera, el artículo 168 del RLCE dispone lo siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169." (El subrayado es agregado)

14.124 De acuerdo con la norma citada, el contratista puede resolver el contrato ante un incumplimiento esencial e injustificado por parte de la Entidad.

Sobre la causal de resolución de contrato por incumplimiento de Provías invocada por el Consorcio

14.125 Como se desprende de la normativa citada, la resolución de contrato por incumplimiento ejecutada por el contratista procede cuando se cumple el supuesto en el que la Entidad ha incumplido injustificadamente una obligación esencial, siendo improcedente la resolución de contrato por el incumplimiento de cualquier otra obligación que no cuente con dicha característica.

- 14.126 Sobre las obligaciones esenciales, el OSCE se ha pronunciado al respecto y ha emitido la siguiente Opinión N° 027-2014/DTN en la cual indica que:

"(...) se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato."

- 14.127 Conforme lo reconoce expresamente la citada Opinión N° 027-2014/DTN, las obligaciones esenciales son aquellas obligaciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad de los contratos y deben estar contempladas en las Bases o en el contrato.
- 14.128 Conforme con lo determinado en el análisis de la primera pretensión principal, el Consorcio se vio imposibilitado de ejecutar los trabajos contenidos en la partida 03.02-Reposición del afirmado y en las partidas vinculadas a esta. Este suceso se generó debido a la falta de instrucciones técnicas, las cuales debían ser proporcionadas por Provías. Ahora bien, es preciso indicar que el Consorcio solicitó dichas instrucciones mediante consultas.
- 14.129 Respecto de las consultas realizadas por el Consorcio, del artículo 196 del RLCE se desprende que es deber de la Entidad, en este caso de Provías, la absolución de consultas dentro del plazo establecido para ello. Por tanto, se entiende que la absolución de consultas es un deber y/o una carga que pesa sobre Provías, atendiendo a un deber de cooperación o colaboración para con el Consorcio, pero no constituye el incumplimiento de una obligación esencial.
- 14.130 A criterio del Tribunal Arbitral, la absolución de consultas y, por ende, la entrega de especificaciones técnicas son deberes que Provías debía realizar a título de colaboración con la ejecución del Contrato.

Este deber de colaboración del acreedor es un deber secundario²⁶ que coadyuva al cumplimiento de las obligaciones principales pero que, en sentido estricto, no son obligaciones.

²⁶ De manera ilustrativa, Pamela Prado López sostiene que: "Las prestaciones principales o primordiales del contrato son aquellas que efectivamente los contratantes persiguen obtener, son la razón por la que han concluido la relación contractual, en tanto que los deberes secundarios de conducta son de naturaleza funcional, pues tienen por objeto que las prestaciones principales se cumplan, de modo que se obtenga el fin último perseguido por el contrato.

Por tanto, nuestro postulado es que el deber de colaboración del acreedor constituye un deber secundario o funcional, ya que permite a las partes obtener el cumplimiento de las principales prestaciones del contrato. La característica especial que este presenta, empero, es que se trata de un deber secundario o funcional que tiene por finalidad que el otro contratante pueda, a su turno, ejecutar sus prestaciones principales o primordiales". En: PRADO LÓPEZ, Pamela. La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXIX N° 2. P. 64.



No se trata de una obligación pues, como lo sostiene Barchi, "La cooperación del deudor está dirigida a satisfacer un interés ajeno (el del acreedor); en cambio, la cooperación del acreedor en el cumplimiento se dirige a la satisfacción del propio interés"²⁷. Es decir, la colaboración del acreedor para el cumplimiento de la obligación se dirige a la satisfacción del interés del propio acreedor y no de su contraparte, como ocurre en una obligación.

Al no ser obligaciones sino deberes de colaboración del acreedor para que el deudor pueda cumplir sus prestaciones, no resulta aplicable el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales y por ende, no se ha configurado el supuesto señalado en el artículo 168 del RLCE.

- 14.131 Por todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda, por tanto, corresponde declarar la ineficacia de la resolución parcial del Contrato efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial N° 304810.

Asimismo, declara FUNDADA la primera y segunda pretensión reconvencional, toda vez que se ha dispuesto declarar la ineficacia de la resolución de contrato realizada por el Consorcio y, consecuentemente, la ineficacia de las Cartas Notariales N° 304710 y 304810.

Primera Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no como consecuencia de ampararse la sexta pretensión principal, ordenar a Provías reconozca una indemnización ascendente a S/. 14,493.95, en la liquidación del Contrato, lo cual equivale al 50% de la utilidad prevista para las partidas no ejecutadas materia de resolución.*

- 14.132 Al respecto, el artículo 170 del RLCE dispone lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos

²⁷ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. ¿Mora del acreedor?. Necesidad de algunas precisiones. EN: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Códova. Grijley. Lima. 2004. P. 651.



procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida." (El subrayado es agregado)

- 14.133 El artículo citado señala que, ante una resolución por incumplimiento, si la parte afectada es el contratista, tendrá derecho a percibir indemnización por concepto de daños y perjuicios.
- 14.134 Puesto que el Tribunal Arbitral declaró la ineficacia de la resolución parcial del Contrato por incumplimiento efectuado por el Consorcio, no corresponde el reconocimiento y pago de una indemnización a favor de este, toda vez que se dispuso a resolver el Contrato por incumplimiento cuando no estaba dentro del supuesto señalado en la norma.
- 14.135 Por consiguiente, el Tribunal Arbitral declara INFUNDADA la presente pretensión y, por tanto, determina que no corresponde ordenar a Provías el pago de una indemnización a favor del Consorcio.

Sétima²⁸ Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no ordenar a Provías el pago de la suma de S/. 789,235.31 por la ejecución de mayores metrados por replanteo de obras preliminares, obras de arte y transporte.*

- 14.136 Este extremo de la controversia versa sobre el pago de mayores metrados por replanteo de obras preliminares, obras de arte y transporte.
- 14.137 En el escrito de demanda, el Consorcio manifiesta que, debido a que el Expediente Técnico presentaba errores, Provías reconoce la necesidad de ejecutar trabajos adicionales. Dicho reconocimiento está contenido en el Informe N° 533-2015-MTC/21 LBT²⁹. Posteriormente, Provías encomendó la preparación del Expediente Técnico del adicional N° 03 al Consorcio.
- 14.138 Respecto de la aprobación del Adicional N° 03, el Consorcio indica que Provías "(...) a sabiendas que estábamos ejecutando los trabajos adicionales para evitar más conflictos con la población, nunca concluyó con los trámites formales de aprobación del Adicional N° 03".

De acuerdo con lo mencionado por el Consorcio en su escrito de demanda, se tiene que ejecutó trabajos adicionales sin haberse realizado la aprobación del Adicional N° 03.

- 14.139 Así, mediante la presente pretensión, el Consorcio solicita el reconocimiento de dichos trabajos adicionales ejecutados, sustentando su pedido en la figura del enriquecimiento indebido, toda vez que Provías no tiene el ánimo de reconocer el pago de los trabajos adicionales ejecutados.

²⁸ Denominada erróneamente Octava Pretensión Principal en la demanda.

²⁹ Informe N° 533- 2015-MTC/21 LBT (Anexo 1-S de la Demanda)




Sobre el particular, el Consorcio señala en su demanda que:

"(...) la ejecución de todos esos trabajos constituye un claro ejemplo de Enriquecimiento Indebido, pues es claro que la Entidad (y la población beneficiaria) han obtenido ventajas de los trabajos que hemos realizado, y nuestro CONSORCIO por el contrario se empobreció por ejecutar trabajos que no fueron pagados.

El monto total de esos trabajos es de S/. 798,235.31"

14.140 Conforme con el numeral 1 del artículo 13 de la LA:

"1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza."

14.141 Conforme con la citada norma, mediante el convenio arbitral las partes de una relación jurídica deciden someter a arbitraje las controversias que están relacionadas al contrato en sí mismo. Cabe mencionar que, así como las partes pueden señalar las controversias que van a someter a arbitraje, también pueden definir aquellas que no podrán ser sometidas a arbitraje.

14.142 Siendo esto así, corresponde tener en cuenta lo que señala el convenio arbitral del Contrato materia del presente arbitraje. Así, el numeral 18.4 de la Cláusula Décimo Octava - convenio arbitral del Contrato dispone lo siguiente:

"18.4 De conformidad con el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado se somete a arbitraje las controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato. No se someterá a arbitraje las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato, entre ellas, las que se reclamen por vía de enriquecimiento sin causa."(El subrayado es agregado)

14.143 El Tribunal Arbitral concluye que lo pactado resulta vinculante para las partes, por ello, habiéndose pactado que las controversias relacionadas a la figura del enriquecimiento sin causa no podrán ser sometidas a arbitraje, el Tribunal Arbitral no tiene competencia para pronunciarse respecto de enriquecimiento sin causa o enriquecimiento indebido.

14.144 Dado que la presente pretensión versa sobre la figura del enriquecimiento indebido (enriquecimiento sin causa), corresponde que se declare IMPROCEDENTE la presente pretensión, como consecuencia de lo expresamente pactado por las partes, que el Tribunal Arbitral no puede desconocer.

14.145 En conclusión, el Tribunal Arbitral declara IMPROCEDENTE la presente pretensión y, por ende, NO CORRESPONDE que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de esta pretensión.

Octava Pretensión Principal de la Demanda

- *Determinar si corresponde o no ordenar a Provías que cumpla con cancelar los honorarios y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral.*

14.146 Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 104 del REGLAMENTO del CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ señala lo siguiente:

“Artículo 104°.-

Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje.”

- 14.147 Conforme a la disposición citada, de no existir un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad de ello recaerá sobre la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral puede disponer que los costos sean asumidos de forma equivalente por las partes, es decir, que se realice una distribución de los gastos del presente proceso arbitral entre el Consorcio y Provías.
- 14.148 De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 14.149 Así, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, sean asumidos por cada una de las partes.
- 14.150 En ese sentido, mediante Resolución Administrativa N° 2, de fecha 16 de febrero de 2017, se fijó como honorarios netos de los árbitros y gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP las sumas de s/ 39,000.00 (Treinta y nueve mil con 00/100 soles) y s/ 11,500.00 (once mil quinientos con 00/100 soles) respectivamente, los mismas que fueron asumidos por ambas partes en proporciones iguales. Siendo esto así, cada parte asumió s/ 25,250.00 (veinticinco mil doscientos cincuenta con 00/100 soles) no correspondiendo, por ende, reembolso alguno entre las partes, por estos conceptos.
- 14.151 Por tanto, el Tribunal ordena que ambas partes asuman los costos y costas en montos iguales.

LAUDA

Primero: Declarar **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Primera Pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 561-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 5, declarando también **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Primera pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 5 por el plazo de 14 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA POR UNANIMIDAD** la Primera pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 5.

Segundo: Declarar **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Segunda Pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 578-2015-MTC/21, mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 6, declarando también **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Segunda Pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 6 por el plazo de 8 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA POR UNANIMIDAD** la Segunda pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 6.

Tercero: Declarar **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Tercera Pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 612-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 7, declarando también **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Tercera Pretensión de la demanda respecto de aprobar la ampliación de plazo N° 7 por el plazo de 12 días calendario. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA POR UNANIMIDAD** la Tercera Pretensión de la demanda respecto de ordenar a Provías realizar el pago al Consorcio por concepto de mayores gastos generales provenientes de la ampliación de plazo N° 7.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA POR UNANIMIDAD** la Cuarta Pretensión de la demanda respecto de declarar la ineficacia o la invalidez de la Resolución Directoral N° 656-2015-MTC/21 mediante la cual se declaró la improcedencia de la ampliación de plazo N° 8. Asimismo, el Tribunal Arbitral declara **POR UNANIMIDAD** que no corresponde el pago de mayores gastos generales variables derivado de la solicitud de ampliación de plazo N° 8.

Quinto: Declarar **FUNDADA POR UNANIMIDAD** la Quinta Pretensión de la Demanda. En consecuencia, **CORRESPONDE** declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 768-2015-MTC/21 mediante la cual Provías resuelve el Contrato por acumulación de penalidades.

Sexto: Declarar **INFUNDADA POR MAYORÍA** la Sexta Pretensión de la Demanda. En consecuencia, **CORRESPONDE** declarar la ineficacia de la resolución parcial del Contrato efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial N° 304810

Séptimo: Declarar **INFUNDADA POR MAYORÍA** la Primera Pretensión Accesorio a la Sexta Pretensión de la demanda. En consecuencia, **NO CORRESPONDE** ordenar a Provías el pago de una indemnización a favor del Consorcio.

Octavo: Declarar **IMPROCEDENTE POR UNANIMIDAD** la Séptima³⁰ Pretensión Principal de la demanda. En consecuencia, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de esta pretensión referida al pago por la ejecución de mayores metros por replanteo de obras preliminares, obras de arte y transporte.

Noveno: Declarar **FUNDADA POR MAYORÍA** la Primera Pretensión Reconvencional. Por lo tanto, **CORRESPONDE** declarar la **INEFICACIA** de la Carta Notarial N° 304710 mediante la cual el Consorcio realiza el requerimiento a Provías.

Décimo: Declarar **FUNDADA POR MAYORÍA** la Segunda Pretensión Reconvencional. Por consiguiente, **CORRESPONDE** declarar la **INEFICACIA** de la Carta Notarial N° 304810 mediante la cual el Consorcio resuelve parcialmente el Contrato.

Undécimo: Respecto de la Octava³¹ Pretensión Principal de la demanda, el Tribunal Arbitral declara **POR UNANIMIDAD** que los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, sean asumidos por cada una de las partes en proporciones iguales.

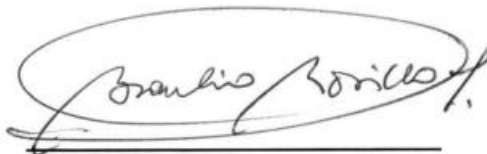
Notifíquese a las partes.-



Alfredo Fernando Soria Aguilar
Presidente de Tribunal Arbitral



Ives Daniel Becerra Naccha
Árbitro



Braulio Iván Rosillo Larios
Árbitro

³⁰ Denominada erróneamente Octava pretensión principal en la demanda.

³¹ Denominada erróneamente Novena Pretensión Principal en la demanda.

Resolución N° 25

Lima, 29 de agosto de 2018

VOTO EN DISCORDIA DEL DR. BRAULIO IVÁN ROSILLO LARIOS

El árbitro que suscribe el presente voto coincide con el voto suscrito en Mayoría en lo concerniente a los Antecedentes, los Considerandos y la parte resolutive de la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Octava¹ y Novena² Pretensiones de la demanda, así como de la decisión sobre costas y gastos del arbitraje.

Sin embargo, discrepa respetuosamente en torno a los considerandos y la parte resolutive de la Sexta Pretensión Principal de la demanda, Primera Pretensión Reconvencional y Segunda Pretensión Reconvencional.

Baso mi opinión en las siguientes razones:

1. En relación con la Sexta Pretensión Principal de la demanda, Primera Pretensión Reconvencional y Segunda Pretensión Reconvencional:

Solicita el Consorcio, como Sexta Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución parcial del Contrato efectuada por el Consorcio, comunicada a través de la carta notarial N° 304810.

Por su parte, vía reconvenición, Provías presentó las siguientes pretensiones:

- Primera pretensión principal: Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304765 de fecha 29 de octubre de 2015, por la cual el Consorcio otorgó el plazo máximo de 24 horas para subsanar el supuesto incumplimiento relacionado a la Partida 03.02.
- Segunda pretensión principal: Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 304810 de fecha 2 noviembre de 2015, por la cual el Consorcio dispuso resolver parcialmente el Contrato N° 064-2015-MTC/21 por supuestas causas imputables a la entidad.

Como se precisa en el literal c) del artículo 40 de la LCE y el artículo 168 del RLCE, el contratista puede resolver el contrato ante el incumplimiento esencial e injustificado por parte de la Entidad.

Artículo 40 de la LCE:

"(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel

¹ Denominada erróneamente Octava pretensión principal en la demanda pues, en realidad, es la séptima pretensión de la demanda considerada en orden correlativo.

² Denominada erróneamente Novena pretensión principal en la demanda pues, en realidad, es la octava pretensión de la demanda considerada en orden correlativo.

jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento" (el resaltado es agregado).

Artículo 168 del RLCE:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169" (el resaltado es agregado).

Ahora bien, como ha indicado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en diversas opiniones, entre ellas, la Opinión N° 027-2014/DTN, "(...) una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato" (el resaltado es agregado).

De esta manera, constituye una obligación esencial aquella que es inherente al contrato, sin la cual el contrato respectivo dejaría de ser tal, o que en su ausencia el objeto de la relación contractual no podría ser alcanzado.

Eso sí, el elemento fundamental para calificar a una obligación, a cargo de la entidad, como esencial es su finalidad, que su ejecución resulte imprescindible para alcanzar la finalidad del contrato, es decir, cuyo incumplimiento impida al contratista ejecutar todas las prestaciones a su cargo.

Toda obligación, independientemente de su magnitud, cuya ejecución sea esencial para alcanzar la finalidad del contrato (es decir, para que el contratista culmine todas las prestaciones a su cargo a satisfacción de la entidad) debe calificar como obligación esencial.

En el Laudo Arbitral se considera que la resolución del contrato por parte del contratista no procede debido a que no se ha incumplido una prestación esencial sino sólo el deber de colaboración. Sin embargo, en mi modesta opinión, el incumplimiento del deber de colaboración de la entidad impidió al contratista cumplir con la prestación a su cargo, toda vez que el Consorcio se vio imposibilitado de ejecutar los trabajos contenidos en la partida 03.02-Reposición del afirmado y en las partidas vinculadas a esta. Ello, debido a que Provías no proporcionó las instrucciones técnicas necesarias para ejecutar dichas partidas (las cuales fueron solicitadas consultas).

Como bien señala el artículo 196 del RLCE, es deber de la Entidad la absolución de consultas dentro del plazo establecido para ello. Por tanto, se entiende que la absolución de consultas es un deber y/o una carga que pesa sobre Provías, atendiendo a un deber de cooperación o colaboración para con el Consorcio.

No obstante lo anterior, si bien tal absolución de consultas la realiza la entidad a título de deber de colaboración con la ejecución del Contrato, en el caso correspondiente a la Sexta Pretensión Principal de la demanda su ejecución sí resultaba imprescindible para que el Consorcio ejecute correctamente la partida 03.02- Reposición del afirmado y en las partidas vinculadas a esta. Por tal motivo, considero que dicho deber de colaboración, para el caso concreto, sí califica como una obligación esencial a cargo de Provías.

Teniendo en cuenta lo descrito en los párrafos anteriores, el Consorcio sí se encontraba en condiciones de solicitar la resolución parcial del Contrato, al cumplirse todos los requisitos previstos en el artículo 40 de la LCE y el artículo 168 del RLCE.

De otro lado, en cuanto a la pretensión accesoria a la sexta pretensión principal, el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece textualmente que:

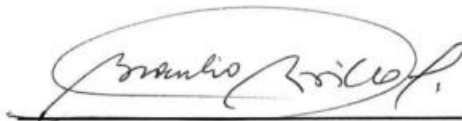
(...)

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

Siendo que el contrato quedó resuelto por causas atribuibles a la entidad corresponde reconocer al Consorcio una indemnización en los términos establecidos en la norma antes citada.

En cuanto al monto de la indemnización, según la propia norma antes citada. Corresponde ser establecido en la liquidación del contrato, quedando claro que no debe exceder del monto pretendido en el presente proceso por el Consorcio

En consecuencia, el suscrito es de la opinión que se **DECLARE INFUNDADA LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONSORCIO e INFUNDADAS LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR PROVÍAS VÍA RECONVENCIÓN. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, EL SUSCRITO ES DE LA OPINIÓN QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA DEBIENDO RECONOCERSE AL CONSORCIO, EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, EL 50% DE LA UTILIDAD PREVISTA CALCULADA SOBRE EL SALDO DE OBRA DEJADO DE EJECUTAR, MONTO QUE NO DEBE EXCEDER DE LO RECLAMADO EN LA REFERIDA PRETENSIÓN ACCESORIA OBJETO DEL PRESENTE VOTO EN SINGULAR.**



Braulio Iván Rosillo Larios

Árbitro