



Lima, 4 de diciembre de 2018

Señores

**PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL-
PROVIAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

Jirón Zorritos N° 1203, Edificio Circular, Primer Piso

Cercado de Lima.-

Atte.: A la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Ref.: Caso Arbitral N° 0487-2016-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumpro con notificarles el laudo emitido por el Tribunal Arbitral el 29 de noviembre de 2018 y depositado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el 3 de diciembre de 2018.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


PAOLA DASSO ZUMARÁN
Secretaria Arbitral

2018 DIC 3 PM 3 33

RECIBIDO
CON SEÑAL DE
CONFORMIDAD
Caso Arbitral N°0487-2016

CONSORCIO VIAL EL ARENAL – PUNTA BOMBÓN (Obras de Ingeniería S.A.)

vs.

PROVIAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Dr. Sergio A. León Martínez (Presidente)
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi
Dr. Rómulo Morales Hervias

Secretaría Arbitral
Paola Dasso Zumarán

Lima, 29 de noviembre de 2018

INDICE

1. Marco Introductorio	p. 3
1.1. Identificación de las Partes	p. 3
1.2. Antecedentes previos a la controversia: Relación Contractual de las partes	p. 3
1.3. Inicio del Arbitraje y constitución del Tribunal Arbitral	p. 3
1.4. Instalación del Tribunal Arbitral	p. 4
1.5. Actos Postulatorios de las Partes	p. 4
1.5.1. Interposición de la demanda	p. 4
1.5.2. Contestación de demanda	p.10
1.5.3. Excepción de Incompetencia	p.13
1.5.4. Contestación de Incompetencia	p.13
1.5.5. Determinación de materias de pronunciamiento del Laudo Arbitral y Admisión de Medios Probatorios	p.15
2.- Actuación Procesal	p.16
3. Análisis y Motivación	p.18
4. Parte resolutive	p.28

Resolución N° 11

1. MARCO INTRODUCTORIO

1.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

En el presente arbitraje las partes han sido las siguientes:

Parte Demandante:

- Denominación: Consorcio Vial El Arenal – Punta Bombón (Ahora Obras de Ingeniería S.A.)

Parte Demandada:

- Denominación: Provias nacional del Ministerio de transportes y Comunicaciones

1.2. ANTECEDENTES PREVIOS A LA CONTROVERSIA: RELACIÓN CONTRACTUAL DE LAS PARTES

- 1.2.1. Provias Nacional (en adelante, la Entidad) en fecha 16 de mayo de 2014 convocó a proceso de Licitación Pública N° 0005-2014-MTC/20 a efectos de que se realizara la «Construcción y mejoramiento de la carretera Camaná – DV. Quilca – Matarani – Ilo – Tacna, sub tramo 1: Matarani – El Arenal, sub tramo 2: El Arenal – Punta Bombón» (en adelante, la Obra o el Contrato).
- 1.2.2. El 03 de noviembre de 2014, mediante Resolución Viceministerial N°103-2014-MTC/20, se otorgó la Buena Pro al Consorcio Vial El Arenal – Punta Bombón, integradas por Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C y Obras de Ingeniería S.A. (en adelante, el Contratista), por el monto de su propuesta económica el cual fue S/. 489'402,523.17 (cuatrocientos ochenta y siete millones cuatrocientos dos mil quinientos veintitrés con 17/100 soles).
- 1.2.3. Luego de otorgada la Buena Pro, se suscribió el contrato de ejecución de Obra N°146-2014-MTC/20 el 05 de diciembre de 2014 cuyo objeto era la construcción de la Obra.
- 1.2.4. Con el devenir del desarrollo contractual, se solicitaron en distintas oportunidades ampliaciones de plazos contractuales (28 solicitudes), de las cuales las solicitudes 02, 04, 05, 08, 09, 11, 13, 14, 15, 19, 22, 25, 26, 28 fueron declaradas procedentes.
- 1.2.5. De otro lado, el Contratista pretende que este Tribunal Arbitral declare nulas las resoluciones que declararon improcedentes las solicitudes de ampliación de los plazos 17, 18 y 20 y, consecuentemente, el reconocimiento de los Gastos Generales correspondientes a cada plazo. Además, se solicita ante el Tribunal que se reconozca los Gastos Generales por la ampliación del plazo de 72 días otorgados en la resolución Directoral N°893-2016-MTC20 como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional.

1.3. INICIO DEL ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 1.3.1. Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2016, el Contratista solicita al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el inicio del proceso arbitral de Derecho en contra de la Entidad. Por su parte, la Entidad absuelve la solicitud de arbitraje el 30 de diciembre del mismo año.

- 1.3.2. Mediante documento de fecha 22 de agosto de 2017, previa designación de los coárbitros Enrique Varsi Rospigliosi y Rómulo Morales Hervias, el Dr. Sergio León Martínez remitió su aceptación al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral.

1.4. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 1.4.1. Con fecha 18 de setiembre de 2017 se instaló el Tribunal Arbitral, oportunidad en la que se fijaron las reglas procesales que se aplicarían a este proceso arbitral y se otorgó a la parte demandante el plazo de veinte (20) días para presentar su demanda.
- 1.4.2. En la referida instalación se estableció que el Arbitraje sería Nacional y de Derecho. Además, el Tribunal Arbitral determinó que las reglas procesales aplicables serían las establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la peruana.
- 1.4.3. Además de ello, se determinó que la sede del arbitraje sería el local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ubicado en Giuseppe Garibaldi N° 396, Distrito de Jesús María, Provincia y Departamento de Lima.

1.5. ACTOS POSTULATORIOS DE LAS PARTES

1.5.1. INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

- 1.5.1.1. Mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2017, el Consorcio interpone demanda arbitral en contra de la Entidad, formulando el siguiente petitorio:

Sobre la Ampliación de los Plazos N° 17 y 20

A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declaren nulas las Resoluciones Directorales N° 870-2016-MTC/20 de fecha 05 de diciembre de 2016 y N° 038-2017-MTC/20 de fecha 18 de enero de 2017, que declaran improcedentes las Ampliaciones de Plazo N° 17 (parcial) y 20, respectivamente, por carecer de fundamentos técnicos y legales.

- 1.5.1.2. El Contratista sostiene que la ampliación solicitada por los Plazos 17 (en parte) y 20 se debe a que estuvo impedido de utilizar la planta de agregados denominada La Curva del KM 39+500, en donde se venía procesando el material de base granular extraído de la cantera Río Tambo para el sector del km 11+000 al km 45+200 según lo previsto en el Expediente Técnico, debido a que la Municipalidad de Deán Valdivia no solo se negó a renovar la licencia de funcionamiento de dicha planta, sino que además dispuso su clausura definitiva y solicitó la medida cautelar, la cual se otorgó, de paralización de toda maquinaria que se encontrara al interior de ella.
- 1.5.1.3. Este acontecimiento, además de alterar diversas partidas del Contrato, generó una demora no imputable al Contratista que afectó a la ruta crítica y que generó la necesidad de solicitar la ampliación de los plazos de acuerdo al artículo 42 de la Ley de Contrataciones con el Estado y el artículo 200 de su Reglamento. En esta situación, el Contratista solicita la ampliación del Plazo parcial 17; sin embargo, tal solicitud fue denegada mediante Resolución Directoral N° 870-2016-MTC/20 del 05 de diciembre de 2016.
- 1.5.1.4. La citada Resolución es nula, pues la Entidad lo que ha hecho es denegar una solicitud de ampliación que se sustenta en una causal generada por la propia Entidad. Se sostiene esto porque es la Entidad la que está obligada a tramitar la

licencia de funcionamiento de la Planta, tal como lo establece el artículo 153 del Reglamento:

Artículo 153.- La Entidad es responsable de la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de estas correrá a cargo del Contratista. (El énfasis pertenece al Contratista)

- 1.5.1.5. En consecuencia, la falta de licencia de funcionamiento de la planta estaba a cargo de la Entidad, por lo que no tiene asidero la negación a la solicitud de ampliación del plazo parcial N°17. Es más, ella misma así lo acepta en su Informe de Pronunciamiento respecto a nuestra solicitud, en tanto expresa que *"De acuerdo a esto la Entidad [...] es la responsable de realizar los trámites antes los órganos correspondientes sobre los permisos de extracción de material del Río Tambo así como la licencia de funcionamiento de la planta chancadora del km 39+500"* (consta en Anexo A-6 de la demanda).
- 1.5.1.6. Sostiene la Demandante que debe ser valorado, además, el hecho que la zona en donde se ubica la planta es una zona en donde permanecen conflictos sociales, por lo que, la falta de renovación de la licencia de funcionamiento no es en absoluto atribuible al Contratista, sino que se debió a factores ajenos a su esfera de control.
- 1.5.1.7. Es en ese sentido que el Contratista mediante Carta N°881-2016-CVAP-SUPERVISOR, presentada el 14 de noviembre de 2016, solicitó la Ampliación del Plazo Parcial N°17 por un total de 144 días calendario, pues la demora en la ejecución del Contrato no le era imputable.
- 1.5.1.8. Como consecuencia de la negación por parte de la Municipalidad de Deán Valdivia, el Contratista se vio imposibilitado de ejecutar las siguientes partidas: 305.A (Base granular), 401.A (Imprimación asfáltica), 410.A (Concreto asfáltico en caliente), 420.B (Cemento asfáltico de penetración 60-70), 700.A (Transporte de material granular para D<1km) y 00.B (Transporte de material granular para D>1km). Siendo que todas estas actividades son parte de la ruta crítica del programa de ejecución de obra (CAO N 06).
- 1.5.1.9. En consecuencia, siendo que fue el 24 de mayo de 2016 que se nos comunicó por parte de la Municipalidad de Deán Valdivia que la renovación de la licencia de funcionamiento fue denegada, se computan 144 días de solicitud de ampliación, pues fue luego de esta cantidad de días que desapareció la causal de ampliación. Como consecuencia de ello el término de las obras se desplazó del 12 de abril de 2017 al 03 de setiembre de 2017.
- 1.5.1.10. Los 144 días que se solicitan de ampliación parcial del Plazo N°17 se efectuó sobre la base del Calendario de Avance de Obra (CAO) N°06, pues fue este el que estuvo vigente al momento de realizada la solicitud, lo que es acorde a los señalado en el artículo 201 del Reglamento. Además, como consecuencia de los días solicitados por causa de la propia Entidad, se requiere el reconocimiento de los mayores Gastos Generales por dicho plazo.
- 1.5.1.11. Sin embargo, a pesar de que el Jefe de Supervisión de la Obra, al momento de emitir su opinión sobre la solicitud, señala que la solicitud de ampliación de plazo cumple con los aspectos formales, declaró improcedente su concesión. Tal decisión la sustenta en que, a su parecer, el Contratista no presentó la documentación necesaria para que la Supervisión pueda tramitar la Licencia de funcionamiento de la Planta chancadora La Curva del Km 39+500. Además. La

entidad sostiene que la Municipalidad tramita la Licencia solo a solicitud del Contratista, siendo que este es el único habilitado para hacerlo.

1.5.1.12. Otro de los argumentos que ha esgrimido el Supervisor es que el Contratista se comprometió ante la Municipalidad de Deán Valdivia a cumplir los acuerdos pactados con la propia Municipalidad y al incumplir lo pactado y haber esto traído como consecuencia la negativa de renovación de la Licencia de funcionamiento, entonces esta decisión municipal es atribuible al Contratista y en consecuencia no es causal de una ampliación de plazo. El Supervisor también sostuvo que no podía declararse procedente la solicitud de Ampliación de Plazo parcial N°17 porque la producción de agregados, realizados en la Planta, no son parte de la ruta crítica de la Obra.

1.5.1.13. Frente a estos argumentos, el Contratista sostiene que de acuerdo al artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado, los atrasos y/o paralizaciones por causas no imputables a la solicitante son causales del otorgamiento de la ampliación. Además, que es el propio Reglamento el que prescribe que los trámites de licencia son obligación de la entidad y no del Contratista, como establece el artículo 153:

Artículo 153.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.

1.5.1.14. El Contratista desvirtúa lo dicho por la Entidad en tanto habría incumplido con los compromisos a los que se obligó, puesto que la Entidad no lo ha demostrado y solo han quedado en dichos y que, por contrario, el Consorcio sí ha demostrado que cumplió con cada compromiso. Además, la Entidad ha reconocido en el Informe de Supervisión referido a la Ampliación del Plazo N°20 (Anexo A-18 de la demanda) que no han existido tales incumplimientos por lo que el cierre de la planta no le es atribuible.

1.5.1.15. Otro argumento del Consorcio para acreditar que la negativa del otorgamiento de la Licencia de Funcionamiento no le fue atribuible es que la zona en donde se ubica la Planta era una zona conflictiva por el rechazo social a la Obra, circunstancia que la propia Entidad reconoce en la Resolución N°899-2016-MTC/01.02 del 07 de noviembre de 2016. En ese sentido, fue también esta situación la que impidió la renovación oportuna de la Licencia de Funcionamiento.

1.5.1.16. La Entidad ha señalado que deniega la solicitud de ampliación además porque la producción de agregados que se realiza en la Planta no forma parte de la ruta crítica de la Obra. Con relación a esto se debe tener en cuenta que la clausura de la Planta generó que se vea afectado el programa de ejecución de obra vigente, paralizando las Partidas del Contrato señaladas en el numeral 1.5.1.8, todas ellas conformantes de la ruta crítica de la Obra; en consecuencia, corresponde el reconocimiento de la Ampliación.

1.5.1.17. Con relación al párrafo anterior, se debe tener en cuenta que entre las señaladas se encuentra la Partida 305.A (Base granular), la cual es parte del proceso de construcción de una carretera y sin ella no podría concluirse tal proceso de

construcción; es decir, es una operación necesaria para la ejecución de la Obra. Si el proceso de base granular se suspende, en consecuencia, toda la Obra correrá, indefectiblemente, el mismo resultado, por lo que este es un claro ejemplo de que sí pertenece a la ruta crítica las partidas descritas en el presente proceso arbitral.

- 1.5.1.18. A pesar de lo sostenido hasta este punto, mediante Resolución Directoral N° 870-2016-MTC/20 del 05 de diciembre de 2016, la Entidad desestimó el pedido de Ampliación de Plazo N° 17 basándose en el Informe de la Supervisión. Entonces, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por el Contratista, al no haber justificación que legitime la negativa de la Entidad, la mencionada Resolución debe ser declarada nula.
- 1.5.1.19. Con relación a la solicitud de Ampliación de Plazo N°20, se debe tener en cuenta que el Consorcio, por su propia cuenta, tramitó directamente ante la Municipalidad de Deán Valdivia la Licencia de Funcionamiento y que, en vista de la no respuesta de la Municipalidad y en atención al silencio administrativo positivo, la obtuvo en fecha 15 de diciembre de 2016, luego de haber pasado 205 días desde que estuvo imposibilitado de ejecutar las partidas perjudicadas. En consecuencia, mediante Carta N° 1000-2016-CVAP-SUPERVISOR, presentada con fecha 29 de diciembre de 2016 (Anexo A-23 de la demanda), se solicitó y sustentó la solicitud de Ampliación del Plazo N°20 por 188 días, por la misma causal de la Ampliación de Plazo N°17 y en base a los mismos argumentos de derecho.
- 1.5.1.20. Sin embargo, mediante Carta N°004-2017/SV-1403-C/JS del 04 de enero de 2017, la Supervisión remite un informa a la Entidad en donde señala que debe de negarse la solicitud de Ampliación del Plazo n°20 debido, prácticamente, a los mismos motivos por los que fue denegada la solicitud de Ampliación del Plazo N°17. Así, mediante Resolución Directoral N°038-2017-MTC/20 del 18 de enero de 2017 la Entidad declaró improcedente la solicitud de Ampliación.
- 1.5.1.21. Como consecuencia de todo lo señalado, las Resoluciones que declararon improcedentes las solicitudes de Ampliación de Plazos deben ser declaradas nulas, puesto que contravienen mandatos legales, como lo son los artículos 153 y 200 del Reglamento

B. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare fundadas nuestras solicitudes de Ampliación de Plazo N°17 (parcial) y 20 consistentes en un total de ciento ochenta y ocho (188) días calendario, con reconocimiento de gastos generales ascendentes a S/. 12'133,093.83 (doce millones ciento treinta y tres mil noventa y tres con 83/100 soles), incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos Gastos Generales hasta la fecha efectiva de pago, por la negativa de la Municipalidad de Deán Valdivia en renovar la licencia de funcionamiento de la Planta de agregados «La Curva» del Km. 39+500 y disponer su clausura definitiva, afectando la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente.

- 1.5.1.22. De acuerdo a lo previsto en el artículo 202 del Reglamento, corresponde que sea reconocido los mayores Gastos Generales, tal como lo expresa la disposición:

Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo adicional

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales de prestaciones adicionales de obra. o 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.

- 1.5.1.23.** De conformidad con lo señalado y con los criterios de cuantificación expresado por el artículo 203 del Reglamento, la Entidad debe realizar el pago de S/. 10'994,938.63 (diez millones novecientos noventa y cuatro mil novecientos treinta y ocho con 63/100 soles), por conceptos de gastos generales más I.G.V., según se indica en la demanda.

Sobre la Ampliación del Plazo N° 18

A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare nula o ineficaz la Resolución Directoral N°892-2016-MTC/20 de fecha 12 de diciembre de 2016, que declara improcedente la Solicitud de Ampliación de Plazo N°18, por carecer de fundamentos técnicos y legales.

- 1.5.1.24.** Como producto de la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N°04 para la ejecución de mayores y menores metrados en Concreto Asfáltico en caliente, transporte de material granular y transporte de mezcla asfáltica, por reubicación de canteras y planta de asfalto, que afectó la ruta crítica de la Obra y, en consecuencia, constituye causal de ampliación de plazo.
- 1.5.1.25.** La solicitud de la ampliación se sustenta en que la aprobación del Presupuesto Adicional tuvo una demora irregular no imputable al Contratista. Se sustenta esto en que el artículo 207 del Reglamento establece que la Entidad cuenta con un plazo de 14 días para emitir y notificar al Contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la Prestación Adicional; sin embargo, la Entidad sobrepasó los días permitidos.
- 1.5.1.26.** De esta manera, al haberse iniciado el plazo de 14 días con el que contaba la Entidad para pronunciarse sobre la procedencia de las prestaciones adicionales el 17 de octubre de 2016, la Entidad debía pronunciarse hasta el día 31 de octubre del mismo año, pero lo hizo el día 7 de noviembre mediante Resolución Ministerial N°899-2016-MTC/01.02, la que aprobó la Prestación Adicional y Deductivo Vinculante N°04, por lo que la demora de 07 días en que incurrió la Entidad es causal de ampliación de plazo.
- 1.5.1.27.** Ante esto, mediante Carta N°887-2016-CVAPB-SUPERVISOR del 21 de noviembre de 2016 se presentó la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 18 por un plazo de 07 días.
- 1.5.1.28.** Consecuentemente, ante la solicitud la Unidad Gerencial de Asesoría Legal se pronunció mediante Informe N°769-2016-MTC/20.63, pero emitió una respuesta negativa, pues consideró que el Contratista no contaba con el pool de máquinas necesarias ni los insumos necesarios para iniciar los trabajos de concreto asfáltico durante los días que se solicitan como ampliación y que no se sustentó que las partidas que conforman el Presupuesto Adicional N°04 se encuentran en la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, el cual era el CAO N°07.
- 1.5.1.29.** El Tribunal debe valorar que la demora de 07 días producidos por la propia Entidad no es imputable al Contratista conforme al artículo 200, de forma que el hecho de que el Contratista contara o no con el pool de equipos necesarios para la ejecución de los trabajos de concreto asfáltico nada tiene que ver con la demora no imputable.
- 1.5.1.30.** En cuanto al CAO a considerarse, debe tenerse en cuenta que la Entidad afirma que la solicitud de Ampliación de Plazo debió ser sustentada considerando el

CAOA N°07, ya que este fue aprobado el 16 de noviembre de 2016; sin embargo, esta afirmación no es exacta, pues la aprobación del CAO A N°07 recién se produjo el 22 de noviembre de 2016, un día después de la presentación de solicitud de Ampliación de Plazo N°18.

- 1.5.1.31.** Habiendo desvirtuado las dos razones por las que la Entidad denegó la solicitud de Ampliación, deben reconocerse los 07 días a favor del Contratista y declarar la nulidad de la Resolución Ministerial que la declara improcedente.

B. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare fundada nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N°18, y nos otorgue 07 días calendario, con reconocimiento de Gastos Generales ascendentes a S/. 454,677.01 (cuatrocientos cincuenta y cuatro mil seiscientos setenta y siete con 01/100 soles), incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen hasta la fecha en que debieron ser cancelados dichos Gastos Generales hasta la fecha efectiva del pago, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N°04, al haber afectado el Calendario de Avance de Obra vigente.

- 1.5.1.32.** La ampliación que se demanda conlleva al reconocimiento de los gastos generales calculados de acuerdo a lo previsto en el artículo 202 del Reglamento, es decir, los Gastos Generales que resulten de multiplicar el Gasto General diario por el plazo ampliado.

Sobre la ampliación del Plazo N°19

A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral reconozca y ordene a la Entidad nos pague los mayores Gastos Generales que corresponden por la ampliación de plazo de 72 días calendario, otorgados en la resolución Directoral N°893-2016-MTC/20, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional con deductivo vinculante N° 04, ascendentes a S/. 1'541,458.19 (un millón quinientos cuarenta y un mil cuatrocientos cincuenta y ocho con 19/100 soles), incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos Gastos Generales hasta la fecha efectiva de pago.

- 1.5.1.33.** Mediante Resolución Directoral N°893-2016-MTC/20 se otorgó en parte la Ampliación de Plazo N°19 para la ejecución del Presupuesto Adicional N°04, reconociéndose un plazo de 72 días para la ejecución de los referidos trabajos adicionales, de un total de 209 días solicitados. Se incluyeron dentro del Presupuesto Adicional N°04 como Gasto General Variable el monto de S/. 2'392,301.75 soles, que equivale a un Gasto General Variable Diario de S/. 33,226.41 soles más IG V, cuando de acuerdo al Contrato el Gasto General Variable Diario corresponde al monto de S/. 49,562.47 soles más IG V, con lo que el Gasto General Variable que le corresponde al Consorcio en aplicación del propio Contrato y de la legislación aplicable asciende a S/. 1'541,458.19 soles, incluido IG V.

- 1.5.1.34.** Es de conocer que cuando se aumenta el plazo de ejecución de la Obra, al aumentar los costos incurridos en concepto de Gastos Generales, es obligatorio que la Entidad le reconozca al Contratista un mayor pago por concepto de Gastos Generales. Estos Gastos Generales son solo uno de los conceptos que conforman la contraprestación a la cual el Contratista tiene derecho por la ejecución de la Prestación Adicional, siendo los otros dos el Costo Directo y la Utilidad.

1.5.1.35. De acuerdo a lo acotado, se deberá reconocer tales Gastos que se han producido como consecuencia de las ampliaciones de plazo generadas por la ejecución de presupuestos adicionales de obra, los que deberán coincidir con el precio que adopta el Gasto General diario del Contrato pactado por las partes, vinculante entre ellas.

1.5.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIÓN

1.5.2.1. Mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2017, Consorcio Vial El Arenal – Punta de Bombón contesta la demanda, solicitando al Tribunal que la declare infundada en todos sus extremos. Asimismo, procedió a presentar excepción de incompetencia y delegación.

1.5.2.2. SOBRE LA CONTESTACIÓN

Sobre las ampliaciones de los Plazos N° 17 y 20

1.5.2.2.1. Respecto al retraso de la Obra debido al no otorgamiento de la Licencia de Funcionamiento para los trabajos en la Planta chancadora La Curva por parte de la Municipalidad de Deán Valdivia, la Entidad sustenta su negativo del otorgamiento de la Ampliación de Plazo en lo descrito en el cuaderno de Obra. Así, en el Asiento N°308 del Supervisor del 29 de mayo de 2015 se solicitó al Contratista que presente los planos de replanteo de la cantera de Río Tambo del Km 44 para dar inicio a las gestiones de trámites de permisos para la extracción de materiales tanto para la jurisdicción de Deán Valdivia como de Punta Bombón. Ante esta solicitud, se registra en el cuaderno de Obra que no hubo respuesta del Contratista.

1.5.2.2.2. De igual manera, en los asientos N° 363 y 374, del 17 y 23 de junio de 2015 respectivamente, se reitera al Contratista la necesidad de que presente los planos de replanteo de la cantera de Río Tambo para las acciones pertinente con relación a los permisos de extracción de materiales.

1.5.2.2.3. En el Asiento N°283 del Contratista del 26 de junio de 2015, en respuesta a las solicitudes del Supervisor, indican que los planos de replanteo de la cantera de Río Tambo serán entregados para su revisión en el mes de junio de aquel año. Con relación a ello, el Supervisor dejó indicado en Asiento N°400 del 30 de junio de 2015 que toda demora en la entrega de los planos solicitados es atribuible al Contratista.

1.5.2.2.4. Luego de la efectiva entrega de los planos de replanteo el 07 de julio de 2015, en el Asiento N°430 del Supervisor del 11 de julio de 2015 se indicó que los planos están en proceso de revisión por los especialistas y que el contratista debe presentar otras informaciones, como: Memoria Descriptiva de la Metodología de extracción, Equipos a ser usados para la extracción con sus características técnicas, Equipos de plantas industriales, Expediente elaborado por sus especialista en Medio ambiente indicando los impactos ambientales, entre otros.

1.5.2.2.5. En el Asiento N°471 del Supervisor del 27 de julio de 2015 se indica que los planos presentados por el Contratista no están acordes con la realidad y el expediente técnico. En consecuencia, en el asiento N°507 del 10 de agosto de 2015 se deja constancia que con carta N°458-2015/CS-1403-C/JS, se devuelven los planos de replanteo por tener varias observaciones indicadas en los informes correspondientes.

1.5.2.2.6. Como se indica en el propio Cuaderno de Obra, la demora en la entrega de los planos y su inexactitud con la realidad, además de los demás documentos

solicitados, trajo como consecuencia una demora en la tramitación de la Licencia de funcionamiento de la Planta chancadora del Km 39+500, por lo que mal hace el Contratista al no reconocer que la demora le es atribuible.

- 1.5.2.2.7. Al haber mediado la demora por parte del propio Contratista en la entrega de los documentos solicitados, esta misma inició la tramitación de la Licencia de Funcionamiento ante la Municipalidad de Deán Valdivia mediante Carta N°076-2015-CVAPB-JO-T-II del 07 de agosto de 2015.
- 1.5.2.2.8. Mediante resolución N°291-2015-MDDV-A del 14 de octubre de 2015, La Municipalidad de Deán Valdivia otorga a la contratista la Licencia de Funcionamiento de la Planta Industrial de Agregados La Curva por el espacio de 06 meses.
- 1.5.2.2.9. Mediante Resolución N°280-2016-MDDV-A del 23 de mayo de 2016, La Municipalidad de Deán Valdivia indicó que la Solicitud de Ampliación del Plazo de Licencia de Funcionamiento no será posible de ser atendida debido al incumplimiento de las Actas de compromiso celebradas con la Municipalidad y el malestar que ocasiona dicha Planta a los agricultores de la zona y a la población en general, reiterando nuevamente que el plazo de su licencia concluye el 14 de abril de 2016. Lo que indica esta comunicación por parte de la Municipalidad es que si la Licencia de Funcionamiento fue denegada al Contratista fue por una causa otra vez imputable a ella, pues incumplió con lo pactado con la propia Municipalidad y generó malestar en la población aledaña a la Planta.
- 1.5.2.2.10. Con relación a lo dicho en el punto anterior, mediante Oficio N°1934-2016-MTC/20.5 del 20 de octubre de 2016 la Entidad comunicó al Contratista que la no renovación de la Licencia de Funcionamiento y Clausura definitiva de la Planta devino como consecuencia del incumplimiento de los compromisos asumidos en las Actas de compromiso celebradas con la Municipalidad de Deán Valdivia y el malestar que ocasiona dicha planta a los agricultores dela zona, siendo tales incumplimientos responsabilidad exclusiva del Contratista y al ser así no configuran tales hechos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.
- 1.5.2.2.11. En consecuencia, se puede concluir que la demora de 277 días desde el inicio de la Obra el 10 de enero de 2015 hasta el otorgamiento de la Licencia el 14 de octubre del 2015 es atribuible a la demandante, por lo que su pretensión debe ser declarada infundada.
- 1.5.2.2.12. Asimismo, el Tribunal Arbitral debe valorar que la producción de agregados en la Planta chancadora La Curva no forma parte de la ruta crítica del diagrama Grantt de la Obra, por lo que no corresponde otorgar ninguna ampliación por los hechos invocados.
- 1.5.2.2.13. Por otro lado, la Entidad sostiene que el trámite para tramitar la Licencia es de carácter directo, por lo que se emiten los permisos en forma exclusiva al titular de la actividad. Así, el Contratista es el único habilitado para tramitar tal solicitud.

Sobre la Ampliación de Plazo N° 18

- 1.5.2.2.14. La Entidad señala que el Contratista no se ha visto afectado o imposibilitado en iniciar la ejecución de los metrados adicionales, pues al 01 de noviembre de 2016 no tenía el pool de máquinas necesarias para iniciar los trabajos de concreto asfáltico correspondientes a la Obra, conforme queda acreditado en el Informe N°185-2016-SV-1403-C/ESP del 22 de noviembre de 2016, elaborado por el especialista en suelos y pavimento.

1.5.2.2.15. El citado Informe concluye que la maquinaria llegó el 18 de noviembre, se autorizó el uso de la arena natural procedente de Cachuyo el 17 de noviembre de 2016, que el cemento asfáltico descargó a los tanques de la Planta el 14 de noviembre de 2016, que los operadores y rastrilleros no llegan a la Obra y que a la fecha del Informe el Contratista continúa trabajando con la calibración de la Planta.

1.5.2.2.16. En consecuencia, a la fecha del Informe (22 de noviembre) no era posible que el Contratista realice las labores correspondientes al Presupuesto Adicional y siendo que la notificación de la aprobación de tal Presupuesto se dio el día 07 de noviembre, entonces no ha existido un perjuicio para el Contratista, pues incluso si la respuesta de aprobación de dicho Presupuesto Adicional hubiera ocurrido dentro del plazo aducido, el Contratista no hubiera realizado las obras requeridas, máxime que a la fecha del Informe tampoco habían dado inicio a las mismas. En consecuencia, no corresponde una Ampliación del Plazo N°18, teniendo en cuenta que al 22 de noviembre de 2016 todavía el Contratista no había dado inicio al iniciado del Frente asfáltico.

1.5.2.2.17. Por otro lado, a la fecha de Solicitud de Ampliación de Plazo N°18 el CAO A vigente era el N°07, aprobado este el 16 de noviembre de 2016 con Oficio N°2102-2016-MTC/20.5 y no el CAO A N°06 como erróneamente ha señalado el Contratista. Asimismo, las partidas que conforman el Presupuesto Adicional N°04 no forman parte del CAO A N°06 y en consecuencia no forman parte de la ruta crítica del CAO A N°06. En consecuencia, no existe de parte del Contratista el debido sustento a que las partidas que conforman el Presupuesto Adicional N°04 se encuentran en la ruta crítica del Programa de ejecución de obra vigente (CAO A N°07).

1.5.2.2.18. De acuerdo a los argumentos expuestos se solicita se declare improcedente o infundado el pago de mayores Gastos Generales reclamados por el monto de S/. 454,677.01 incluido IGV.

Sobre la Ampliación de Plazo N° 19

1.5.2.2.19. La Entidad sostiene que no debe de reconocerse la ampliación materia de pretensión en tanto lo que está en discusión son días que pertenecen a un periodo de Ampliación de Obra y que en concordancia con el artículo 202 del Reglamento las ampliaciones de plazo que deriven prestaciones adicionales no dan lugar al pago de Gastos Generales Variables, por lo que la Entidad plantea, además, excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral para resolver reclamos sobre Gastos Generales para ejecutar adicionales de Obra. El citado artículo 202 del Reglamento expresa lo siguiente:

Artículo 202.- Efectos de la modificación de plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de los 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.

1.5.2.2.20. En la misma línea, se sostiene que para la Entidad queda claro que la normativa de contratación pública establece diáfano que la ampliación de plazo generada para la ejecución de un adicional de obra se otorga sin el reconocimiento de gastos generales, por lo que tratándose de una ampliación de plazo que invoca la causal de ejecución de un adicional, no existe el reconocimiento de gastos generales variables, siendo que ellos ya han sido pagados en el Presupuesto Adicional que los produce.

1.5.2.2.21. La Entidad cita un proceso arbitral anterior en los que un Tribunal, en análisis de un caso análogo, decidió, efectivamente, que cuando la ampliación de plazo es

producto de la aprobación de prestaciones adicionales, se desprende inequívocamente que el hecho se subsume en la excepción del artículo 202 citado; es decir, no procede el reconocimiento de gastos generales en ese extremo¹.

- 1.5.2.2.22. En el sentido de lo acotado, se solicita al Tribunal Arbitral declare infundada esta pretensión de la demanda, siendo que los Gastos Generales solicitados ya han sido reconocidos y se encuentran cubiertos en el Presupuesto Adicional de Obra N° 04 aprobado por Resolución Ministerial N°899-2016-MTC/01.02.

1.5.2.3. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

- 1.5.2.3.1. La entidad sostiene que la controversia que recae sobre la solicitud de Ampliación del Plazo N°19 no es materia que pueda resolver un Tribunal Arbitral, pues así expresamente lo prohíbe la Ley de Contrataciones con el Estado. Así, en su artículo 41 se expresa lo siguiente:

Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, **la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%)** de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

[...]

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original.

[...]

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán 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.

[...]

- 1.5.2.3.2. Se debe tener en cuenta que mediante Resolución Ministerial N°899-2016-MTC/01.02 del 31 de octubre de 2016 es que se aprobó el Adicional de Obra N°04 por la suma de S/. 33'863,714.52. En este caso el Contratista pretende de manera indirecta modificar el Presupuesto Adicional N°04 que corresponde, pero el Tribunal debe valorar el hecho de que si aprueba la Ampliación de Plazo N°19, entonces estará modificando indirectamente la Resolución citada, esto es, la Resolución que aprueba el Presupuesto Adicional, pero al ser esta expresión de los adicionales aprobados no es materia arbitrable, como se ha demostrado.

1.5.2.4. CONTESTACIÓN DE INCOMPETENCIA

- 1.5.2.4.1. Consorcio solicita que la excepción planteada por la Entidad sea declarada infundada dado que lo que se ha sometido a arbitraje es el pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo otorgada por la Entidad y no la decisión de aprobación del Adicional de Obra N°04.

¹ El Expediente al que la entidad hace referencia es el Exp. N° 499-90-14.

1.5.2.4.2. Sostiene que, de manera equivocada la Entidad alega que en este caso el Tribunal Arbitral sería incompetente para conocer la pretensión de pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo otorgada mediante RD N°893-2016-MTC/20, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N°04 que ya tiene sus propios gastos generales. Lo señalado por la Entidad constituye una afirmación que no cuenta con ningún sustento legal ni técnico, no habiendo presentado ningún medio probatorio que demuestre su tesis y ello debido a que el pago de los mayores gastos generales por una ampliación de plazo otorgada por la Entidad, independientemente de la causal por la cual se haya otorgado, es un acto distinto e independiente al de una prestación adicional.

1.5.2.4.3. Afirma que resulta pertinente mencionar que mediante Resolución Ministerial N°899-2016-MTC/01.02, la Entidad aprobó la Prestación Adicional N°04 sin que dicha resolución haya sido cuestionada ni a través del presente arbitraje ni de ningún otro, de forma tal que la aprobación del presupuesto adicional ha quedado firme y no es objeto de controversia. Además, la aprobación de presupuestos adicionales está contemplada en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley y artículos 207 y 208 del Reglamento, mientras que las ampliaciones de plazo y sus efectos están contemplados en el Numeral 6 del artículo 41 de la Ley y los artículos 200,201,202 y 203 del Reglamento.

1.5.2.4.4. La ejecución del presupuesto adicional al haber generado una afectación de la ruta crítica por causa no imputable al Contratista, le otorga a éste el derecho a solicitar una ampliación de plazo y esa ampliación del derecho al pago de mayores gastos generales, que es el reclamo que se relaciona con la Ampliación de Plazo N°19.

1.5.2.4.5. La incorrecta lectura del artículo 202 del Reglamento por parte de la Entidad quien interpreta que no corresponde el pago de mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo derivadas de la ejecución de prestaciones adicionales de obra, cuando lo que se establece es que en caso de ampliaciones de plazo por prestaciones adicionales no corresponde el gasto general variable resultante de multiplicar el número de días por el gasto general variable diario, es decir, la salvedad establecida se refiere a la forma de cálculo del gasto general por la ampliación del plazo, pero bajo ningún concepto al derecho al cobro de mayores gastos generales que le corresponde al Contratista como consecuencia de ampliaciones de plazo. En este caso la materia controvertida no está referida a la aprobación o denegación de un presupuesto adicional, sino a si como consecuencia de una ampliación de plazo aprobada por la Entidad en aplicación del procedimiento contenido en el artículo 201 del Reglamento, corresponde o no el pago de mayores gastos generales variables. Es por ello que la excepción planteada por la Entidad no tiene sustento alguno y en consecuencia debe ser declarada infundada.

1.5.2.4.6. Lo señalado por la Entidad de que el Presupuesto Adicional de Obra N°04 incluye los mayores gastos generales por la ampliación de plazo de contrato es falso, pues no es posible incluir dentro de un presupuesto de adicional de obra los mayores gastos generales de una ampliación de plazo debido a que al momento de aprobación del adicional de obra no es posible conocer cuál será la afectación a la ruta crítica del contrato y cuál será la cantidad de días de ampliación de plazo que serán necesarios. La aprobación de una aprobación adicional no implica necesariamente la aprobación de una ampliación de plazo ya que es posible que se apruebe un trabajo no considerado en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulte indispensable para cumplir con la meta prevista en la obra principal, pero que dicho trabajo no genere una afectación de la Ruta Crítica y, en consecuencia, no genere una ampliación de plazo. En este caso solo corresponderá el pago de los gastos generales propios del adicional.

1.5.2.4.7. Es posible, como es el caso materia de controversia, que una vez aprobado el adicional de obra, la ejecución de dicha prestación adicional haga necesaria la ampliación del plazo del contrato y que, al haberse demostrado la afectación de la ruta crítica de diversas partidas contractuales, la Entidad decida otorgar una ampliación de plazo, ampliación que generará el derecho del Contratista al pago de mayores gastos generales por el mayor tiempo de permanencia en la obra. Sólo será posible calcular los mayores gastos generales una vez que se conozca la cantidad de días de ampliación de plazo aprobada por la Entidad todo lo cual ocurrirá de manera posterior a la aprobación del presupuesto adicional. Ello se desprende de lo señalado en la Opinión N°082-2014/DTN de OSCE.

1.5.2.4.8. Finalmente, debe quedar claro que el artículo 201 del Reglamento se indica de manera expresa que las controversias derivadas de las ampliaciones de plazo se someten a arbitraje. En consecuencia, el Tribunal es plenamente competente para conocer y resolver sobre las pretensiones planteadas en el presente proceso arbitral.

1.5.3. DETERMINACIÓN DE MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

1.5.3.1. Mediante acta de Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia Pronunciamiento, del 04 de abril del 2018, el Tribunal Arbitral determinó las materias de pronunciamiento del laudo arbitral, las cuales fueron las siguientes:

MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO DERIVADAS DEL ESCRITO DE DEMANDA PRESENTADO POR CONSORCIO VIAL EL ARENAL EL 17 DE OCTUBRE DE 2017:

AMPLIACIONES DE PLAZO N° 17 y 20

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que se declaren nulas las Resoluciones Directorales N° 870-2016-MTC/20 de fecha 05.12.2016 y N°038-2017-MTC/20 de fecha 18.01.2017, que declaran improcedentes las Ampliaciones de Plazo N°17 (parcial) y 20; respectivamente, por carecer de fundamentos técnicos y legales.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que se declaren fundadas las solicitudes de Ampliación de Plazo N°17 (parcial) y 20, consistentes en un total de ciento ochenta y ocho (188) días calendario, con reconocimiento de gastos generales ascendentes a S/ 12'133,093.83 incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados hasta la fecha efectiva de pago, por la negativa de la Municipalidad de Deán Valdivia en renovar la licencia de funcionamiento de la Planta de Agregados "La Curva" del km 39+500 y disponer la clausura definitiva, afectando la ruta crítica del Calendario de Avance de Obra vigente.

AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 18

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que se declare nula o ineficaz la Resolución Directoral N° 892-2016-MTC/20 de fecha 12 de diciembre de 2016, que declara improcedente la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 18, por carecer de fundamentos técnicos y legales.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N°18 y se otorgue 7 días calendario, con reconocimiento de gastos generales ascendentes a S/ 454,677.01 incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos gastos generales hasta la fecha efectiva de pago, por la demora de la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N°4, al haber afectado el Calendario de Avance de Obra vigente.

AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 19

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que se ordene a Provías Nacional que cancele los mayores gastos generales que corresponden por la Ampliación de Plazo de setenta y dos (72) días calendario, otorgados en la Resolución Directoral N°893-2016-MTC/20, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N°4, ascendente a S/ 1'541,458.19, incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados hasta la fecha efectiva de pago.

1.5.3.2. Asimismo, respecto a la admisión de medios probatorios, el Tribunal Arbitral resolvió:

17. Teniendo en cuenta los principios antes expresados, el Tribunal Arbitral de conformidad con lo establecido en el literal b) de los artículos 42 y 43 del Reglamento de Arbitraje del Centro admite las siguientes pruebas:

PRUEBAS PRESENTADAS POR CONSORCIO VIAL EL ARENAL:

- 17.1 Se admiten la totalidad de pruebas documentales ofrecidas por Consorcio Vial El Arenal en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda del 17 de octubre de 2017, los cuales se encuentran detallados del anexo A-1 al A-31.

PRUEBAS PRESENTADAS POR PROVÍAS NACIONAL:

- 17.2 Se admiten la totalidad de pruebas documentales ofrecidas por Provías Nacional en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda de fecha 23 de noviembre de 2017.
- 17.3 Respecto de la declaración testimonial del señor Eduardo Benavente Cannon, solicitada en el numeral 11 del escrito de contestación de demanda, esta se realizó en la Audiencia correspondiente, la misma que fue programada por el Tribunal Arbitral en su oportunidad.
- 17.4 Por otro lado, en relación con el escrito de fecha 12 de enero de 2018, mediante el cual se amplió los fundamentos y pruebas de la excepción de incompetencia referidas a la pretensión de ampliación de plazo N°19 y reconocimiento de gastos generales por ejecutar el adicional de obra N° 4, el Tribunal Arbitral estimó pertinente admitir el nuevo medio probatorio ofrecido en el *Otrosí Digo*.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.5.3.3. Con fecha 18 de setiembre de 2017 se instaló el Tribunal Arbitral, oportunidad en la que se fijaron las reglas procesales que se aplicarían a este proceso arbitral y se otorgó a la parte demandante el plazo de veinte (20) días para presentar su demanda.

1.5.3.4. Con fecha 17 de octubre y dentro del plazo concedido, Consorcio cumplió con presentar su demanda, así como los medios probatorios correspondientes que la sustentan por lo que por Resolución N°01 se resolvió admitir la demanda y por presentados los medios probatorios, corriéndose traslado a Provias por veinte (20) días para que conteste la demanda y, de considerarlo, formule reconvencción.

1.5.3.5. Con fecha 23 de noviembre de 2017 y dentro del plazo otorgado, Provias cumplió con responder la demanda omitiendo adjuntar el medio probatorio signado como B-4 el mismo que adjuntó mediante escrito de 4 de diciembre de 2017; Asimismo dedujo la excepción de incompetencia. El Tribunal Arbitral por Resolución N°02 admitió la contestación de demanda y admitió las pruebas ofrecidas otorgando a Consorcio un plazo de veinte (20) días para que exprese lo que corresponda a su derecho en relación con la excepción formulada.

1.5.3.6. Con fecha 12 de enero Provias amplió los fundamentos y pruebas de la excepción de incompetencia referida a la pretensión sobre la ampliación de plazo N°19 y reconocimiento de gastos generales por ejecutar del adicional de obra N°4. En la misma fecha, la demandante indicó que el monto de las pretensiones de la demanda había disminuido a S/. 14 129 229,03. El 15 de enero de 2018 Consorcio cumplió con absolver la excepción de incompetencia planteada por Provias. El Tribunal Arbitral por Resolución N°03 resolvió poner en conocimiento de las partes los escritos presentados el 12 y 15 de enero de 2018.

1.5.3.7. Teniendo en cuenta el escrito presentado por Provias el 27 de febrero y atendiendo al estado del proceso, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N°04 citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día 4 de abril de 2018. En la Audiencia mencionada se tuvo presente el escrito presentado por Consorcio Vial El Arenal Punta de Bombón de absolución de la excepción de incompetencia; se determinaron las materias de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral sobre las ampliaciones de Plazo N°17 y 20; ampliación de plazo N°18; y ampliación de plazo N°19 y asimismo se admitieron los medios probatorios presentados por las partes.

1.5.3.8. Por Resolución N°5 de fecha 24 de mayo de 2018 se suspendieron las actuaciones arbitrales a efectos que se cancelen los gastos arbitrales y se dispuso mantener en custodia el escrito presentado el 2 de mayo de 2018 por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes Comunicaciones en representación de Provias.

1.5.3.9. Por Resolución N°6 de fecha 13 de junio de 2018 se levantó la suspensión dispuesta por Resolución N°5 y se otorgó un plazo para que Provias cancele lo que le corresponde por los gastos arbitrales. El 3 de julio de 2018 Provias solicitó una prórroga del plazo otorgado para la cancelación de los gastos arbitrales lo que fue concedido por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 7.

1.5.3.10. Habiendo cancelado los gastos arbitrales Provías, mediante Resolución N°8 se citó a la Audiencia de Testimoniales para el día 27 de agosto de 2018. La audiencia se realizó con la presencia del testigo señor Eduardo Varuna Benavente Cannon.

1.5.3.11. Mediante Resolución N°9 el Tribunal otorgó a las partes el plazo de diez días para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales. Tanto Provias como Consorcio presentaron sus alegaciones y conclusiones finales el día 24 de setiembre. El Tribunal mediante Resolución N°10 resolvió tener por presentados

los alegatos y conclusiones finales presentados por las partes y ponerlos en conocimiento de las partes. Asimismo, citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 23 de octubre.

- 1.5.3.12.** El 23 de octubre se llevó a cabo la Audiencia de Informes orales con la asistencia de las partes ocasión en la que expusieron sus puntos de vista sobre los temas a resolver y absolvieron las preguntas que el Tribunal Arbitral les formuló. Al término de la Audiencia, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

2. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN

2.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Sobre la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 17 y 20

- 2.1.1.** A partir de lo solicitado por las partes, el Tribunal Arbitral valora la Solicitud de Ampliación de los Plazos N° 17 y 20 conforme lo siguiente:

- 2.1.2.** Ambas pretensiones son conexas, en tanto la Primera Pretensión Principal hace referencia a la solicitud de nulidad o ineficacia de las resoluciones que declaran improcedentes las ampliaciones de los plazos N°17 y 20 y la Segunda Pretensión Principal hace referencia a que se declare fundadas la solicitud de ampliación de los mismos plazos, además del reconocimiento de los Gastos Generales respectivos. En atención a esto, este Tribunal ve a bien analizar ambas pretensiones de manera conjunta.

- 2.1.3.** La problemática que se presenta y que debe ser resuelta por este Tribunal versa, en el fondo, sobre cuál de las partes fue responsable de que no se haya obtenido en el tiempo esperado el otorgamiento de licencia de funcionamiento de la Planta de Agregados "La Curva" por parte de la Municipalidad de Deán Valdivia, ya que al haberse declarado la clausura definitiva de dicha Planta se ha afectado a la ruta crítica de la Obra.

- 2.1.4.** Ante tales acontecimientos, este Colegiado establecerá la imputación si era la Entidad la responsable de tramitar dicha licencia de funcionamiento y si el Contratista debía de cumplir con alguna carga necesaria para que la Entidad sea la que realice el trámite respectivo. En relación a esto es que se circunscribirá el análisis de las citadas pretensiones.

- 2.1.5.** Lo primero que hay que decir es que, en el Contrato suscrito por las partes, esto es, el Contrato de Ejecución de Obra N° 146-2014-MTC/20, cada una de ellas asumió obligaciones que son concordantes tanto con la Ley de Contrataciones con el Estado aplicable a la controversia (Decreto Legislativo N°1017 y su modificatoria mediante la Ley N° 29873) y con su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria mediante el Decreto Supremo N°138-2012-EF y Decreto Supremo N° 0801-2014-EF).

- 2.1.6.** En primer lugar, el artículo 153 -en concordancia con el numeral 2.1 del Contrato- establece lo siguiente:

Artículo 153.- Responsabilidad de la Entidad

[...]

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.

- 2.1.7. Sin embargo, también es cierto que existen múltiples comunicaciones por parte de la Entidad a la Contratista que indican que si bien es la propia Entidad la que legalmente está obligada a tramitar y conseguir la licencia de funcionamiento de la Planta, para que ello pueda darse se le requiere determinada documentación.
- 2.1.8. Estos requerimientos al Contratista por parte de la Entidad se encuentran en distintos Asientos del Cuaderno de Obra por parte del Supervisor de Obra, los cuales son los Asientos de N° 328, 363, 374, 383. En todos estos asientos se requirió los siguientes documentos, los mismos que la Entidad sostiene como necesarios para poder tramitar y obtener la citada licencia de funcionamiento: Planos de replanteo de las áreas de extracción de material y del área auxiliar para la planta chancadora, Memoria descriptiva de la metodología de extracción, equipos a ser usados para la extracción con sus características técnicas, equipos de plantas industriales con sus fichas técnicas, planos de replanteo referente a la reubicación de las plantas industriales, expediente elaborado por su especialista en medio ambiente indicando los impactos ambientales y los procedimientos de mitigación y/o contingencias, frecuencias de monitoreo tanto de agua, ruido, aire para detectar posibles contaminaciones en los alrededores de las áreas de trabajo.
- 2.1.9. El Cuaderno de Obra es el documento que, debidamente foliado, se abre al inicio de toda obra y en el que el supervisor anota las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas².
- 2.1.10. De igual manera, mediante distintas Cartas se le comunicó al Contratista que los documentos requeridos *“son indispensables para poder realizar los trámites para la autorización de extracción de material ante las Municipalidades de Deán Valdivia y Punta de Bombón, indicándose además que cualquier atraso para extracción de materiales y/o incumplimiento del CAO será de entera responsabilidad del Contratista”*, tal como se indicó mediante Carta N° 368-2015/SV-1403-C/JS.
- 2.1.11. Nótese que esta documentación fue solicitada al Contratista desde el 18 de mayo de 2015, meses antes de que la Municipalidad de Deán Valdivia tome la decisión de no ampliar la licencia de funcionamiento de la Planta.
- 2.1.12. Por otro lado, no se ha presentado medio probatorio que indique que el Contratista haya controvertido los requerimientos de documentos por parte de la Entidad, sino por contrario, el Contratista presentó la documentación, pero esta fue rechazada por la Entidad por *“no estar acorde con la realidad y el expediente técnico”*, siendo así acreditado mediante los Asientos del Cuaderno de Obra N° 471 y por Asiento N° 507, en donde se deja constancia que se devuelven los planos de replanteo por tener varias observaciones por subsanar.
- 2.1.13. En consecuencia con el párrafo anterior, no solo el Contratista conocía de los requerimientos por parte de la Entidad para llevar a cabo el trámite de solicitud de licencia de funcionamiento, sino que no lo introdujo como materia controvertida en el presente proceso, no presentó medio probatorio que indique que no reconoció ese deber y es más, colaboró en su momento con la Entidad para que esta pudiera cumplir con su obligación administrativa de tramitación de licenciamiento.
- 2.1.14. Este Tribunal valora que, si bien la Entidad tiene una obligación de fuente legal prescrita en el artículo 153° del Reglamento, también es cierto que el Contratista, al ser este el único que ejerce control sobre sus actividades, tiene la carga de colaboración de remitir a la Entidad la documentación necesaria para que esta

² GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual de la Ley de Contrataciones con el Estado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 602.

pueda realizar los trámites pertinentes para obtener la licencia de funcionamiento de la Planta. Y esto es algo que el propio Contratista ha señalado en su escrito de Demanda (Anexo A-6 de la Demanda), en tanto transcribe el Informe emitido por la Entidad del 15 de noviembre de 2016, el cual expresa lo siguiente:

“De acuerdo a esto la Entidad, en este caso representada por la Supervisión de Obra, es la responsable de tramitar ante los órganos competentes los permisos de extracción de material [...] así como de la licencia de funcionamiento de la Planta chancadora del Km 39+500; sin embargo, el Contratista es el responsable directo de presentar a la Supervisión los planos de replanteo [...] y demás documentación inherente al Contratista que son necesarios para poder realizar cualquier trámite de licencias [...]”.

2.1.15. Es menester expresar el distinguo que existe entre una obligación y una carga. Así, si bien la Entidad tiene la obligación de tramitar la licencia, el Contratista tiene que cumplir una carga, la cual es la *“situación de aquel que debe efectuar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar alguna situación activa suya”*³. A mayor abundamiento, *“si la ejecución de la prestación mira al exclusivo beneficio del acreedor, sin que entren en juego los intereses del deudor, si de la falta de cooperación no se derivan perjuicios para el deudor, y, por último, ella no está expresamente establecida como una cláusula del contrato: será una ‘carga’”*⁴.

2.1.16. En efecto, debido a la relación de control que ostenta el Contratista sobre la información de la ejecución de la obra y la distribución de las áreas en las que se va a realizar, ella tiene el conocimiento necesario para entregar a la Municipalidad, a través de la Entidad, la información necesaria para analizar si procede o no el otorgamiento de la licencia de funcionamiento o su ampliación.

2.1.17. Así, en el caso que nos convoca, si bien es cierto la Entidad es la obligada a realizar los trámites administrativos, también es cierto que existió una demora considerable entre el momento en el que se requiere al Contratista la documentación de la obra y el momento en el que esta la remite y, posteriormente, en el momento en el que se logra la obtención de la licencia por parte del Contratista. Es importante esto pues, como se viene indicando, al ser el Contratista quien tuvo la carga de presentar la documentación requerida por la Entidad, es aquella la que tuvo también en su esfera de control el transcurso del tiempo en el que se funda la causal de ampliación del plazo de la obra, por lo que no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su deber de cooperación en la relación jurídico contractual.

2.1.18. Por otro lado, con fecha 11 de abril de 2016 y mediante Oficio N°289-2016-MDDV-A, la Alcaldía expresó que no se procederá con la ampliación del plazo de la licencia de funcionamiento por el incumplimiento de las Actas de Compromiso celebradas con la Municipalidad y al malestar que ocasionó a los agricultores de la zona y a la población en general, expresando, además, como reiteración, que el plazo de la licencia en vigencia concluiría el 14 de abril de 2016. Es decir, la Municipalidad era la única que tenía el poder para otorgar la licencia de funcionamiento, y fue ella

³ ROPPO, Vincenzo, Istituzioni di diritto privato, 4° ed., Bologna: Monduzzi, 2001, pp. 48-67. Traducción de Leysser León Hilario, en: Derechos de las relaciones obligatorias, Lima: Jurista, 2007, pp. 55-56.

⁴ SAN MARTÍN, Lilian, “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 21. Julio-Diciembre. Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 324.

quien justificó la negativa de ampliación de la licencia y lo hace en atención a una serie de incumplimientos en los que el Contratista recayó.

2.1.19. Resulta de neurálgica importancia el hecho de que haya sido la propia Municipalidad la que emitió esta comunicación, pues si bien es cierto existe un Informe del 05 de enero de 2017 emitido por el Supervisor de la Obra en la que se indicó que no ha mediado incumplimiento por parte del Contratista, este informe es de 10 meses posteriores al vencimiento de la licencia de la Planta y es emitido por la Supervisión que no tiene ningún peso a la hora de decidir si se otorga o no la licencia de funcionamiento, por lo que al ser posterior a la comunicación de la Municipalidad, este Tribunal valora el Informe edil como el que expresa el fundamento de la única institución encargada de manifestarse sobre el cumplimiento del Contratista de lo que este se obligó frente a la Municipalidad.

2.1.20. Como conclusión del párrafo anterior se tiene a bien valorar que una de las razones por las que la Municipalidad denegó la licencia de funcionamiento fue el propio incumplimiento del Contratista, por lo que mal podría hacer este Tribunal en no tomar en cuenta este hecho y obviar que fue una de las razones para que la obra no pueda ser ejecutada según el Cronograma inicial programado.

2.1.21. En consecuencia, este Tribunal valora que el Contratista no cumplió con la carga de facilitar a la Entidad la documentación necesaria para que esta pudiera realizar las actividades necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de la Planta, pues sin tal documentación no era posible tramitar los permisos necesarios para el desarrollo de la ejecución de la obra, máxime cuando el Contratista incurrió en diversos incumplimientos ante la Municipalidad y por lo tanto fue responsable para que no se otorgara a tiempo la licencia de funcionamiento, por lo que este Tribunal declara INFUNDADAS las primera y segunda pretensiones principales relacionadas a las Solicitudes de Ampliación de Plazo N° 17 y 20.

2.2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Sobre la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 18

2.2.1. A partir de lo solicitado por las partes de la presente controversia, el Tribunal Arbitral valora de la Solicitud de Ampliación del Plazo N° 18 lo siguiente:

2.2.2. En este extremo, dado que también aquí el Tribunal debe de pronunciarse sobre dos prestaciones conexas en tanto la Primera Pretensión Principal solicita la nulidad de la resolución que declara improcedente la ampliación del plazo N°18 y la Segunda Pretensión Principal solicita que se declare fundado la ampliación del mismo plazo y el reconocimiento de los Gastos Generales que de él se desprende, este Tribunal tiene a bien realizar un análisis conjunto de ambas pretensiones.

2.2.3. Para resolver este punto es menester que este Tribunal realice un distingo entre lo que se entiende por la ampliación del plazo de una obra y el plazo otorgado en calidad de adicional de una obra, pues a partir de ahí se podrá establecer si la pretensión del demandante encuentra asidero en nuestro ordenamiento o no. Ante esto, se debe observar que la ampliación de obra se da en los casos previstos por el ordenamiento, como se prescribe en el artículo 200 del Reglamento, en tanto:

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 comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado. (El resaltado es nuestro)

2.2.4. Es decir, el Contratista tendrá derecho a que se le reconozca por motivo a una afectación a la ruta crítica una ampliación del plazo contractual cuando se produzcan modificaciones en la ejecución de la obra por atrasos y/o paralizaciones, conforme al inciso primero, que sucedan por causas no imputables al propio Contratista.

2.2.5. Por otro lado, en el caso de los adicionales de obra, la entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales, lo que es una típica manifestación del *ius variandi*, distinguiéndose así los contratos civiles de los contratos administrativos. Este tipo de obras es de singular importancia para el cumplimiento del objeto contractual, dada la naturaleza compleja de este tipo de contrato⁵. Es importante también hacer mención de que las materias que versan sobre adicionales de obra son materia no arbitrable en virtud del artículo 41 de la Ley de Contrataciones con el Estado.

2.2.6. Entonces, nótese que lo que se expresa ante este Tribunal es que se ha afectado la ruta crítica de la obra en tanto ha sido la Entidad la que ha demorado en pronunciarse sobre una solicitud de un adicional de obra y que esta demora es la que ha generado una afectación a la ejecución de la obra, siendo esto causal de una ampliación de plazo tal como expresa el artículo 207 del Reglamento:

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

[...]

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

[...]

(El resaltado es nuestro)

2.2.7. Es el propio Reglamento el que expresamente establece que en caso la Entidad demore en notificar la resolución en la que se pronuncia sobre la solicitud del adicional de obra, entonces esta demora podrá ser causal de una ampliación de plazo y en concordancia con el artículo 200 del mismo Reglamento esta ampliación se dará en caso se haya afectado la ruta crítica de la obra.

2.2.8. Habiendo dicho esto, este Tribunal valora además que la propia Entidad ha aceptado en reiteradas ocasiones que ha mediado un atraso imputable a ella. Así, siendo que la solicitud de prestación adicional se dio el 17 de octubre de 2016 y que el plazo que tiene la Entidad para pronunciarse mediante Resolución es de 14 días, conforme se ha visto en el Reglamento, este plazo venció el día 31 de octubre

⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian, *Manual de la Ley de Contrataciones con el Estado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 615.

del mismo año; sin embargo, la Entidad dio respuesta a la solicitud el día 07 de noviembre. Esto ha quedado acreditado mediante cédula de notificación por medios electrónicos N° NOTI-RV-056-2016-MTC/01.02. Es decir, existe de por medio un atraso, aceptado por la Entidad, de 07 días en la ejecución de la obra.

2.2.9. Como se ha visto, son dos los requisitos en el caso que nos convoca para que pueda darse la aceptación de una solicitud de ampliación de plazo según el artículo 200° del Reglamento: (i) que se haya afectado la ruta crítica de la Obra, y (ii) que el atraso no se deba a causa imputable al Contratista. En consecuencia, la disposición normativa que ha sido citada es sumamente clara y serán, *prima facie*, los elementos que configuran la causal de ampliación de plazo y el momento en la que esta desaparece los que deberán ser valorados para decidir si es que efectivamente procede declarar fundada la presente pretensión.

2.2.10. Conforme a la alteración de la ruta crítica, de los medios probatorios presentados por las partes se desprende que como consecuencia de la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 04 se afectaron las rutas críticas 410.B, 420.B, 700.A y 700.B, todas pertenecientes al CAO A N° 06, según el Programa de ejecución de Obras.

2.2.11. Nótese que lo que se discute no es la concesión de un Plazo Adicional de Obra, que es materia no arbitrable, sino los gastos que la demora en la aprobación de ese Plazo Adicional por parte de la Entidad ha generado y que se expresan en la solicitud de una Ampliación de Plazo. Es importante hacer este distinguo, pues la Ley de Contrataciones con el Estado no permite que un Tribunal Arbitral pueda pronunciarse sobre materias que refieran a las Ampliaciones de Plazo, pero al no ser este el caso este Tribunal considera favorablemente su competencia para pronunciarse sobre el fondo de las presentes pretensiones, pues sobre lo que decidirá será sobre una solicitud de ampliación generada por el incumplimiento de la Entidad y no sobre la propia Ampliación otorgada por la Entidad.

2.2.12. Por su parte, la Entidad ha introducido un nuevo razonamiento, el cual consiste en lo siguiente: incluso si la Entidad hubiera cumplido dentro del plazo establecido en el Reglamento con notificar la aceptación del Adicional N° 04, tampoco se hubiera procedido con la ejecución de la Obra, puesto que la Contratista no contaba con las maquinarias necesarias para ello, máxime que en fecha 22 de noviembre de 2016 se emitió el Informe del especialista de suelos N° 185-2016/SV-1403 el cual indicó que el frente de asfaltado, esto es la ejecución, aún no se ha iniciado por la falta de maquinaria y materiales necesarios para la Obra.

2.2.13. En ese sentido, queda de parte de este Colegiado valorar si el hecho de que la Entidad no haya contado con el pool de maquinarias al momento de emisión de la Resolución que admitía las prestaciones adicionales era óbice para el reconocimiento de plazos adicionales de obra.

2.2.14. Este Tribunal considera que si bien ha quedado acreditado que el Contratista no contaba al momento de la recepción de la Resolución Ministerial N° 899-2016-MTC, la que aprobó la Prestación Adicional y el Deductivo Vinculante N° 04, con el pool de maquinaria que se requiere para su ejecución, este factor en nada influye el que la Entidad haya faltado a la obligación de emitir una respuesta dentro del plazo otorgado por el Reglamento, pues si el Contratista contaba o no con la maquinaria para llevar a cabo la ejecución de la prestación adicional pertenece a un análisis *ex post*, siendo que en caso no cumplierse con esa prestación entonces se vería perjudicada por la penalidad correspondiente.

2.2.15. Es necesario tener en cuenta, en honor a la justicia y verdad a los que este Colegiado refiere, que cualquier solicitud de Ampliación de Obra debe tener como

sustento una afectación a la ruta crítica de la Obra y no debe producirse por causa imputable a la solicitante. Por otro lado, se tiene en cuenta que es el Contratista el que debe acreditar si existió tal afectación, como efectivamente lo ha hecho. Además, ha quedado acreditado que la Entidad demoró injustificadamente en cumplir con su obligación de notificar la aceptación del Adicional N° 04.

- 2.2.16.** En consecuencia, a través de un ejercicio lógico y deductivo se tiene en cuenta que, si el Contratista no contaba al momento de la aprobación de la Prestación Adicional, ni posterior a este, con la maquinaria necesaria para ejecutar su prestación, esto no era presupuesto necesario que pudiera fundamentar la demora injustificada de la Entidad que impidió que el Contratista pudiera operar. En ese sentido, habiéndose cumplido con el retraso o demora no imputable al contratista y la afectación a la ruta crítica de la Obra, cabe que este Tribunal se pronuncie favorablemente a las Pretensiones a las que este análisis se refiere.
- 2.2.17.** En consecuencia, siendo que era de entera responsabilidad de la Entidad cumplir con los plazos que establece el artículo 201 del Reglamento y que el incumplimiento generó una afectación a la ejecución de las prestaciones por parte del Contratista y que el Contratista no cuente con el pool de maquinarias para ejecutar la prestación a su cargo no afecta el cumplimiento de la obligación de la Entidad, este Tribunal declara FUNDADAS las pretensiones pertenecientes a la Solicitud de Ampliación de plazo N° 18 al haberse acreditado que la demora de la Entidad ha afectado el Calendario de Obra.

2.3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

- 2.3.1.** Respecto al tercer punto controvertido de la Demanda, referido a la pretensión de reconocimiento y orden de pago de Gastos Generales correspondientes a una ampliación de plazo que surge de la aprobación de un Presupuesto Adicional de la Obra, este Tribunal Arbitral tiene a bien pronunciarse sobre la excepción de incompetencia formulada por la Entidad en su escrito de Contestación de Demanda y Excepción de Incompetencia remitido a este Colegiado el 23 de noviembre de 2017. Es así pues tal como está formulada dicha excepción en caso sea amparada, entonces no habrá necesidad de realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la citada pretensión.
- 2.3.2.** Como se ha mencionado, la Entidad ha presentado una excepción de incompetencia por materia no arbitrable al ser el tercer punto controvertido, referido a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 19, una pretensión vinculada a la Prestación Adicional de Obra N° 04 otorgada al Contratista por parte de la entidad.
- 2.3.3.** La Primera Pretensión Principal que presenta el Contratista, en efecto, hace referencia al reconocimiento de mayores Gastos Generales que corresponden por la ampliación del plazo de 72 días calendario, otorgados en la Resolución Directoral N° 893-2016-MTC/20, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo Vinculante N° 04, ascendente a la suma de S/. 1'541,458.19 soles, incluido I.G.V., más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados dichos Gastos Generales hasta la fecha efectiva del pago.
- 2.3.4.** Respecto a lo señalado, este Colegiado tiene a bien valorar el que si bien es cierto lo que se reclama a la Entidad son gastos que devienen de una ampliación de plazo ya aprobado, esta ampliación de plazo tiene una causa que no es independiente, esta es la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo N° 4 mediante Resolución Ministerial N° 899-2016-MTC/01.02.

- 2.3.5.** En atención a ello, si lo que el Contratista reclama es el reconocimiento de mayores gastos, esto no son absolutamente independientes de los gastos reconocidos en el propio Presupuesto Adicional, de tal manera que en caso este Tribunal declare fundada su pretensión, entonces estaría su decisión incidiendo sobre el propio Adicional, lo que no está permitido por nuestro ordenamiento, en estricto por la normativa referida a contrataciones con el Estado. Esto se debe a que el Presupuesto Adicional con Deductivo N° 04 cuenta con los gastos requeridos para su ejecución, es decir, cuenta con un presupuesto específico y al pretenderse un nuevo reconocimiento de gastos por la ampliación de obra que es consecuencia de dicho Presupuesto Adicional, entonces indirectamente se está modificando la Resolución Ministerial citada en este mismo párrafo.
- 2.3.6.** En consecuencia, considerando en el fondo lo que se pretende es una modificación a un Adicional, este Tribunal ve a bien fundamentar por qué este tipo de controversia no puede ser materia de un proceso Arbitral.
- 2.3.7.** Conforme se han desarrollado los argumentos de las partes en el presente proceso arbitral, el Tribunal Arbitral debe determinar si efectivamente corresponde reconocer a favor del Contratista la ampliación de plazo N° 19 y en segundo lugar si corresponde ordenar a la Entidad que pague los gastos generales variables correspondientes a la solicitud antes mencionada.
- 2.3.8.** ¿Qué se entiende por Obras Adicionales? Según la OPINIÓN N°167-2016/DTN: "El Anexo Único del Reglamento vigente, "Anexo de Definiciones", define a la Prestación adicional de obra como: "Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional." En ese sentido, en caso de obras el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales. De esta manera, una prestación -independiente de la denominación que se le atribuya- será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra; debiendo considerarse estas características como concurrentes".
- 2.3.9.** En este punto de análisis es conveniente precisar que se emitió la Resolución Ministerial N°899-2016-MTC/01.02 de fecha 31 de octubre de 2016, que aprueba el Presupuesto Adicional con Deductivo N° 04.
- 2.3.10.** Por otro lado, en el Contrato de Obra una parte asume, con organización de los medios necesarios y, con gestión a propio riesgo, la realización de una obra a cambio de una retribución. Y al ser un contrato de ejecución duradera, pueden generarse situaciones diversas que hagan necesario que el Contratista se vea obligado a ejecutar trabajos no pactados para cumplir con el objetivo de la obra, lo que genera a su vez nuevas prestaciones y nuevas obligaciones para las partes.
- 2.3.11.** Ahora bien, efectivamente cabe la posibilidad de que en la ejecución de los contratos de ejecución de obra se presenten deficiencias técnicas o necesidades propias del proyecto que se ejecuta no previstas y no pactadas, razón por la cual se ha establecido, bajo la estructura normativa de contratación pública, la posibilidad de ejecución de adicionales de obra. La figura del adicional de obra es justamente para la ejecución de prestaciones adicionales, trabajos complementarios y/o mayores metrados necesarios e indispensables para el

cumplimiento del objeto del contrato, y que no fueron contemplados inicialmente. Ahora bien, el presupuesto adicional de obra es justamente el mayor costo generado por la ejecución de las prestaciones de los trabajos adicionales.

2.3.12. Al respecto, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado –Decreto Legislativo N°1017 y modificado por la Ley N°29873; norma vigente en la ejecución del Contrato de Ejecución de Obra N°090-2012-MTC/20 de 25 de octubre de 2012- sobre las prestaciones adicionales establece lo siguiente:

“Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
(...)

41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las situaciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular del Entidad.

(...)

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 podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán 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.”

2.3.13. La norma establece específicamente que la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de la prestación adicional, así como sus alcances no es materia arbitrable. Aquí caben dos interpretaciones:

(i) Primera interpretación:

“Así pues, cuando las Entidades deciden aprobar o no un adicional cuyo monto no supera el 15% del monto del contrato original simplemente están ejecutando un acto contractual, por lo que no existe fundamento para excluir del arbitraje las controversias referidas a la decisión de la Entidad de aprobar o no las prestaciones adicionales”⁶.

(ii) Segunda interpretación

“(…) el artículo 41 utiliza la disyunción «o» cuando hace mención a «la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no el adicional», con lo cual podría concluirse que no se refiere a la decisión sobre el mismo adicional (superior al 15%), sino que se trataría de decisiones distintas: i) La que adopta la Entidad, por sí misma, cuando decide aprobar o no los adicionales de obra que no superan el 15%; y, ii) la decisión que adopta la Contraloría General de la República autorizando o no los adicionales que sí superan dicho porcentaje, con lo cual se tendría que en ninguno de los dos casos el contratista podría controvertir tales decisiones en arbitraje”⁷.

2.3.14. En efecto, “cuando el artículo 41 hace mención a la «Entidad» es con el propósito de excluir del arbitraje las decisiones que adopta la Entidad, por sí misma, y sin intervención de la Contraloría General de la República, respecto de la aprobación

⁶ AGUILERA BECERRIL, Zita, “El arbitraje en los contratos públicos y los adicionales de obra”, en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 853.

⁷ *Ibid.*, p. 854.

de los adicionales que no superan el 15% del contrato original”⁸. El Tribunal Arbitral se adhiere a la segunda interpretación mediante dos argumentos.

2.3.15. El argumento teleológico:

“El argumento teleológico (o «hipótesis del legislador provisto de fines») es aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuirse ese significado que corresponde al fin propio de la ley de la que el enunciado es documento (...) quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines «de la ley» (o «del legislador»: pero en este caso se trata de una entidad abstracta a partir de su texto o de una clasificación de fines o intereses que el derecho protege”⁹.

“Apelar al fin del legislador (o «de la ley», como se decía más arriba) es hacer uso del argumento así llamado «teleológico”¹⁰.

2.3.16. El argumento de la interpretación constitucional adecuadora:

“La *interpretación constitucionalmente adecuada* (al. *Verfassungskonforme Auslegung*) es una interpretación sistemática (...) vertical, que atribuye a una disposición un sentido compatible con los sentidos de otras colocadas al nivel jerárquico superior de las normas constitucionales”¹¹.

2.3.17. El sustento para seguir la segunda interpretación es que las controversias sobre los adicionales están vinculadas a atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de Entidades de derecho público. El fin del numeral 41.5 del Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado es cautelar las decisiones sobre aprobaciones de los adicionales mediante el impedimento de cuestionarlas en la vía arbitral.

2.3.18. Por su lado, el artículo 76 de la Constitución Política señala lo siguiente:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

2.3.19. Es claro que el numeral 41.2 del Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece una excepción en la contratación de obras para que una Entidad ordene y pague la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Dicha excepción requiere un procedimiento que está regulado en el numeral 41.5 del Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Tanto la excepción y el procedimiento señalados están previamente establecidos para cautelar los recursos públicos.

2.3.20. En el presente proceso, es aplicable el supuesto del monto que no supera el 15% del monto del contrato original y por ello las pretensiones de la demanda arbitral

⁸ Ibid.

⁹ TARELLO, Giovanni, *La interpretación de la ley*, Traducción y notas de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 332.

¹⁰ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Traducción de Silvina Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 269.

¹¹ BARBERIS, Mauro, *Introducción al estudio del derecho*, Traducción de Sebastián Martín y Marcelo Troncoso, Palestra Editores, Lima, 2015. p. 221.

contiene el pedido de modificar los gastos generales reconocidos por la Entidad, pues conforme a la normativa aplicable, el plazo de ampliación y los mayores gastos generales de ésta, forman parte del presupuesto adicional aprobado. De ello se infiere que el Contratista solicita que se corrija la decisión de la Entidad de reconocimiento de gastos de la Ampliación de Obra producto del Presupuesto Adicional N° 04 y ello no es posible porque la ley expresamente excluye tal decisión del arbitraje.

- 2.3.21. En ese contexto, este Tribunal Arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable, pero deja a salvo el derecho de Contratista para pedir en la vía Jurisdiccional lo correspondiente a su pretensión, toda vez que este Tribunal Arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra.

2.4. SOBRE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

- 2.4.1. El Tribunal considera que ambas partes han tenido razones suficientes para litigar y llevar adelante el presente arbitraje y que no se trata de una acción arbitraria, temeraria o maliciosa de ninguna de ellas. Además, considera que la conducta de ambas en el desarrollo del mismo ha sido correcta, por lo que concluye que los costos y gastos arbitrales deben ser asumidos en partes iguales por ellas, con excepción de los costos y gastos de su propia defensa que deben ser asumidos por cada una de las partes.

3. PARTE RESOLUTIVA

- 3.1. Que este Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral **LAUDA**:

PRIMERO: Conforme a la Ampliación de Plazo N°17 y 20, declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal en tanto la solicitud del Contratista de declarar nulas las Resoluciones Directorales N°870-2016-MMTC/20 y N°038-2017-MTC/20.

SEGUNDO: Conforme a la Ampliación de Plazo N°17 y 20, declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal en tanto la solicitud del Contratista de declarar fundadas las Ampliaciones de Plazo N° 17 y 20 y el reconocimiento de los gastos generales correspondientes.

TERCERO: Conforme a la Ampliación de Plazo N°18, declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal en tanto la solicitud del Contratista que se declare nula o ineficaz la resolución directoral N° 892-2016-MTC/20 que declara improcedente la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 18.

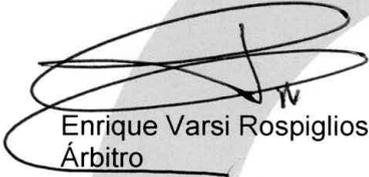
CUARTO: Conforme a la Ampliación de Plazo N°18, declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal en tanto la solicitud del contratista de declarar fundada la Ampliación de Plazo N° 18 y el reconocimiento de los gastos generales correspondientes por un monto ascendente a S/. 464,677.01 soles, incluido IGV, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debió ser cancelado hasta la fecha efectiva del pago.

QUINTO: Conforme a la Ampliación de Plazo N°19, declarar **FUNDADA** la excepción de incompetencia por ser materia no arbitrable y, en consecuencia, declarar **IMPROCEDENTE** la Primera Pretensión Principal en tanto la solicitud de reconocimiento y pago de mayores gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo de 72 días, como consecuencia de la aprobación del Presupuesto Adicional con Deductivo N° 04 mediante Resolución Ministerial N° 899-2016-MTC/01.02

SEXTO: Declarar que cada una de las partes asumirá sus propios gastos arbitrales y el 50% de los costos comunes.



Sergio A. León Martínez
Presidente del Tribunal Arbitral



Enrique Varsi Rospigliosi
Árbitro



Rómulo Morales Hervias
Árbitro



Paola Dasso Zumarán
Secretaria Arbitral