



Lima, 12 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° 0271-2017-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumpla con notificarles la Orden Procesal N° 9, la cual contiene el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral el 10 de diciembre de 2018 y depositado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el 11 de diciembre del mismo año.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


PAOLA DASSO ZUMARÁN
Secretaria Arbitral

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA


CENTRO DE ARBITRAJE

218 016 11 PM 3 07

Caso Arbitral N° 0271-2017-CCL

RECIBIDO
CON SEÑAL DE
CONFORMIDAD

OBRAS DE INGENIERÍA S.A.

Vs.

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

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Dr. Edgardo Mercado Neumann
Presidente del Tribunal Arbitral

Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio
Árbitro

Dr. Óscar Sumar Albújar
Árbitro

Secretaria Arbitral

Paola Dasso Zumarán

Lima, 10 de diciembre de 2018

ÍNDICE

1. Marco Introductorio
 - 1.1. Lugar y fecha de emisión
 - 1.2. Nombre de las partes
 - 1.3. Nombre de los abogados
 - 1.4. Nombre de los representantes
 - 1.5. Nombre de los Árbitros
 - 1.6. Nombre de la Secretaria Arbitral
 - 1.7. Nombre de la Institución Arbitral
 - 1.8. Convenio Arbitral
 - 1.9. Descripción de los contratos / negocio - transacción
 - 1.10. Arbitraje nacional / internacional
 - 1.11. Arbitraje de derecho / equidad
 - 1.12. Sede del Arbitraje
 - 1.13. Designación de los Árbitros
 - 1.14. Reglas procesales aplicables
 - 1.15. Ley aplicable al fondo de la controversia

2. Análisis de los antecedentes del Caso
 - 2.1 Excepciones / objeciones a la competencia de los Árbitros
 - 2.2 Pretensiones / puntos en controversia
 - 2.3 Resumen de la posición de las partes

3. Análisis de la Excepción y Motivación

4. Consideraciones Finales

5. Costas y Costos

6. Fallo

9/6

1

0/4

Orden Procesal N° 9

1. MARCO INTRODUCTORIO

1.1. Lugar y fecha de emisión: Lima, 10 de diciembre de 2018

1.2. Nombre de las partes:

1.2.1. OBRAS DE INGENIERÍA S.A., con domicilio en Avenida Emilio Cavenecia N° 225, Oficina 111, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima. (DEMANDANTE)

1.2.2. PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVÍAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, con domicilio en Jirón Zorritos N° 1203, Edificio Circular, Piso 1, Distrito de Cercado de Lima, Provincia y Departamento de Lima. (DEMANDADA)

1.3. Nombre de los abogados:

1.3.1. Los abogados de la parte DEMANDANTE son:

Elard Paul Tejeda Moscoso
Antonio José Ramírez Mejía
Claudia Iveth Elorrieta Muñiz

1.3.2. Los abogados de la parte DEMANDADA son:

Alfonso Roberto Carbajal Sánchez
David Aníbal Ortiz Gaspar
Karen María Anzualdo Ríos
Asisclo Esteban Quispe Ricaldi
Daniel Gonzáles Gonzáles
Jesenia Jiménez Uceda
Richard Daivy Basualdo Álvarez
Humberto Willian Leiva Viteri
Andoni Torres Villegas

Marcela Estrada Echevarría
Alicia Montenegro Lozada
Daniel Vega Espinoza Jason Casto Belleza
Arminda Isabel Andrade Villavicencios

1.4. Nombre de los representantes:

1.4.1. Graham Arthur Searles Roden (por la DEMANDANTE)

1.4.2. Henmer Alva Neyra (por la DEMANDADA)

1.5. Nombre de los Árbitros:

1.5.1. Edgardo Mercado Neumann, Presidente del Tribunal Arbitral

1.5.2. Oswaldo Hundskopf Exebio, Árbitro.

1.5.3. Oscar Sumar Albujar, Árbitro,

1.6. Nombre de la Secretaria Arbitral: Paola Dasso Zumarán.

1.7. Nombre de la Institución Arbitral: Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

1.8. Convenio Arbitral (transcripción de parte pertinente):

El Contrato Ejecución de Obra No 075-2015-MTC que obra en el expediente contiene en su cláusula Décimo Novena un Convenio Arbitral, cuya parte pertinente, para los efectos de la presente excepción, señala literalmente:

“ 19.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan, sobre la ejecución, interpretación resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resuelven mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley No 27785, y sus modificatorias como en la Ley No 29622, publicado el 07.12.2010, así como en las demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.



Sin perjuicio de lo anterior, el enriquecimiento sin causa, así como las materias que sean fuente de obligaciones distintas al presente Contrato no serán materia arbitrable.”

1.9. Descripción de los contratos / negocio - transacción:

1.9.1. Contrato de Obra N° 075-2015-MTC/20, producto de la Licitación Pública N° 0019-2014-MTC/20; para la CONTRATACIÓN DEL CONTRATISTA QUE EJECUTARÁ LA OBRA: REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DV. NEGROMAYO-OCCORURO-PALLPATA-DV YAURI.

1.9.2. El Contrato fue suscrito en Lima el 19 de agosto de 2015

1.10. El presente Arbitraje es nacional

1.11. El presente Arbitraje es de derecho

1.12. Sede del Arbitraje: En la ciudad de Lima, en la sede del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, sito en Av. Giuseppe Garibaldi N° 396, Jesús María, Lima 11, Lima.

1.13. Designación de los Árbitros: Al haberse generado controversias entre las partes, OBRAS DE INGENIERÍA solicitó el arbitraje y designó como árbitro de parte al Dr. OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO. Por su lado, la DEMANDADA, PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVÍAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, en respuesta a la solicitud de arbitraje, designó como árbitro de parte al Dr. Óscar Sumar Albújar. El Consejo de Cámara de Comercio de Lima, designó al Doctor EDGARDO MERCADO NEUMANN como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral.

1.14. Instalación y Reglas aplicables al presente proceso: Que, tal y conforme consta en la Orden Procesal N° 03 y con el fin de dar celeridad al trámite del

proceso arbitral, y en virtud del artículo 37° del Reglamento de Arbitraje del Centro 2008, que establece la prerrogativa del Tribunal Arbitral de instalarse sin la presencia de las partes, el Tribunal Arbitral se instaló válidamente, según las reglas que se establecieron en la misma Orden Procesal.

1.15. Ley aplicable al fondo de la controversia:

1.15.1. Constitución Política del Perú.

1.15.2. Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;

1.15.3. Ley 27785, Ley Orgánica del sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

1.15.4. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y sus modificatorias;

1.15.5 Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20

1.15.6 Directiva No 002-2010—CG/OEA

1.15.7 Directiva No 001-2007-CG/OEA de fecha 29 de octubre de 2007

1.15.8 Glosario de Términos de la Directiva 011- 2016-CG/GPROD

1.15.9 Contrato de Ejecución de Obra N° 016-2015-SUNARP-Z.R. N° IX/LP de fecha 10.08.2015;

1.15.10. Código Civil, en la parte que resulte aplicable.



2. ANÁLISIS DEL CASO



2.1 Excepciones / objeciones a la competencia de los Árbitros

Al Contestar la DEMANDA y antes de reconvenir, PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVÍAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (Provías Nacional o LA DEMANDADA) presenta Excepción de Incompetencia de este colegiado basado en dos elementos: la competencia objetiva y la cláusula arbitral

2.2 Pretensiones / puntos en controversia

2.2.1. Primera Pretensión Principal

Determinar si corresponde o no ordenar que Provías Nacional cumpla con pagar los gastos generales que le corresponden a Obrainsa, de acuerdo a la ley por la Ampliación de Plazo N° 03, en virtud de la cual se amplió el Plazo de Ejecución de Obra en 55 días calendario, a través de la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20; así como, los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 412,621.87, incluido IGV, más los intereses que se devenguen desde la fecha en que debieron ser cancelados hasta la fecha efectiva de pago.

2.2.2. Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde o no ordenar a Provías Nacional que le otorgue a Obrainsa los 42 días calendarios no reconocidos en la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20, que declara procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, otorgando a Obrainsa solo 55 de los 97 días solicitados, debido a la afectación real del programa de avance de Obra vigente; más los gastos generales que corresponden por los 42 días calendario, los cuales ascienden a la suma de S/ 2'141,251.25, incluido IGV.

2.3 Resumen de la posición de las partes sobre la Excepción de Competencia

Posición de LA DEMANDADA

2.3.1 Como señalamos en el numeral 2.1 que antecede, al Contestar la DEMANDA y antes de reconvenir, Provías Nacional (o LA DEMANDADA) presenta Excepción de Incompetencia de este colegiado basado en dos elementos: la competencia objetiva y la cláusula arbitral

2.3.2. Respecto a la competencia objetiva, LA DEMANDADA arguye que de acuerdo a Ley la Justicia arbitral no tiene alcances indeterminados como ocurre con la justicia estatal. Pone como ejemplos los asuntos de carácter penal y los referidos a la capacidad de las personas; asuntos que según indica, la doctrina estudia bajo el concepto de arbitrabilidad.

2.3.3. Respecto a esta competencia también, LA DEMANDADA nos recuerda que el contrato de Ejecución de Obra No 075-2015-MTC que es el contrato bajo el cual se originan las controversias del presente arbitraje, se suscribió bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1017, que las dos pretensiones de la DEMANDA están referidas a “adicionales de obra” y que de acuerdo al artículo 41 del referido Decreto Legislativo la posibilidad de someter a arbitraje las controversias referidas a adicionales de obra está proscrita.

2.3.4 Para terminar con este primer elemento, arguye LA DEMANDADA que la inarbitrabilidad de los adicionales de obra encuentra fundamento en el “*Equilibrio Presupuestal*” a la luz de lo señalado en la STC No 00018-2013-PI/TC y sus lineamientos sobre políticas públicas de gasto, así como el “Control Gubernamental” que según ley (y cita la ley No 27785) consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado.

2.3.5. En relación al elemento “cláusula arbitral”, LA DEMANDADA cita la parte pertinente de la cláusula 19.1 del contrato de Ejecución de Obra No 075-2015-MTC, según la cual las partes acordaron que las controversias que surjan sobre la

ca
↓
D.A.

ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante arbitraje. Pero subraya acto seguido que la misma cláusula contempla como excepción “aquellas que referidas al artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley”.

2.3.6. Es así como LA DEMANDADA arguye que por la cláusula arbitral están excluidas dos tipos de materias:

2.3.6.1 Las referidas al artículo 23 de la Ley 27785

2.3.6.2 Las demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

2.3.7. LA DEMANDADA tuvo la oportunidad de explicar mejor sus argumentos en la Audiencia Especial para tratar la excepción celebrada el 03 de octubre de 2018, la cual fue debidamente convocada por este Tribunal mediante la Orden Procesal No 7. Los detalles de estas explicaciones obran en el video de la Audiencia.

2.3.8. Con fecha 15 de octubre de 2018 y dentro del plazo otorgado en la Audiencia Especial, LA DEMANDADA cumplió con presentar su escrito de conclusiones sobre la excepción deducida. En este escrito prioriza el análisis del marco jurídico en el que sustenta el elemento inarbitrabilidad. Estas normas, que según LA DEMANDADA estaban vigentes al momento de la convocatoria del proceso de selección, son las siguientes:

2.3.8.1 Artículo 41, numerales 41.1, 41.2 y 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) sobre prestaciones adicionales de obra.

2.3.8.2 Artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Handwritten signature and initials in the left margin. The signature appears to be 'Og' and the initials below it are 'O-A'.

2.3.8.3 Artículo 207 y 208 del Reglamentos de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE) sobre prestaciones adicionales de obra menores y mayores al 15%.

2.3.8.4 Numeral 40° del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición de “Prestación adicional de Obra”.

2.3.8.5 Numeral 41° del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición de “Presupuesto Adicional de Obra”.

2.3.8.6 Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20.

2.3.8.7 Del mismo modo se cita de manera ilustrativa la Directiva No 001-2007-CG/OEA de fecha 29 de octubre de 2007, numeral 1, sobre prestaciones adicionales de obra.

2.3.9 La tesis central de LA DEMANDADA consiste en el carácter inarbitrable de las pretensiones de LA DEMANDANTE, materia de la presente controversia, tanto porque así lo establece la normativa aplicable como la propia cláusula arbitral. Para estos efectos, es muy importante destacar que LA DEMANDADA no niega al plantear su excepción que estamos frente a una “prestación adicional de obra”. Por el contrario lo confirma y se esmera en definir el concepto así como ubicar su marco legal. Pero extendámonos en su línea argumentativa.

2.3.10 Luego de recordar definiciones contenidas en el marco jurídico antes citado, de conceptos como “adicional de obra” y de ‘presupuesto adicional de obra’ en el marco legal vigente aplicable al contrato, considerar a bien traer como referencia lo señalado en el punto V de las Disposiciones Generales de la Directiva No 01-2007-CG/OEA de fecha 27 de octubre de 2007 que en su numeral 1 establece, a fin de especificar que para los fines del Control Gubernamental, que constituye prestación adicional de obra **la ejecución de trabajos complementarios**. De esta manera, la definición que considera más apropiada prestación adicional de obra para resolver

Handwritten signature and initials in the left margin.

esta excepción, sería “aquellos trabajos complementarios que no se encuentran establecidos en el expediente técnico ni en el contrato, pero que resulta necesario para cumplir con el objeto del contrato principal” (SIC, numeral 5º del escrito de conclusiones finales del 15 de octubre de 2008).

2.3.11 Sobre el concepto trabajo complementario no previsto en el expediente técnico ni en el contrato original, LA DEMANDADA comienza a construir su hipótesis de defensa. Su siguiente paso, es enlazar la noción de trabajo complementario con la decisión de aprobación del mismo. Su intención es clara y lo subraya así en el numeral 9º del escrito de conclusiones finales del 15 de octubre de 2008. Hay un “iter procedimental” que en algunos supuestos determina que la decisión de aprobar o no la prestación adicional recaigan **exclusivamente** en la Entidad, y otros en donde se requiere **adicionalmente** la autorización expresa de la Contraloría General de la República. En esta hipótesis, ninguna otra autoridad, ni siquiera un juez o un tribunal arbitral podrían sustituir esa decisión, tema este que sin duda merecerá un análisis especial de este Tribunal Arbitral.

2.3.12 Acto seguido, la argumentación de La DEMANDADA recurre al llamado ‘Presupuesto adicional de Obra’, para dejar en claro la necesidad que existe de cuantificar los costos en los que se incurrirá para ejecutar esos trabajos complementarios, es decir, la valoración económica de los mismos. En esta lógica, todo trabajo complementario exige crear un expediente técnico de la prestación, actividad o trabajo complementario, así como la necesidad de valorizaciones adicionales para el pago de las mismas. En este punto, debe recordarse lo expuesto en la Contestación de la DEMANDA respecto al equilibrio presupuestal y control gubernamental que este Tribunal Arbitral profundizara en la parte pertinente al Análisis y Motivación.

2.3.13 Es así como, luego de establecer la relación: trabajo complementario – adicional de obra – decisión de la autoridad - valoración económica; LA DEMANDADA recurre a citas textuales de las normas aplicables, resaltando aquellas partes pertinentes a decisiones y controversias que no pueden ser

0.6
0.4

sometidas a arbitraje. Su conclusión medular al respecto es que la Ley de Contrataciones del Estado y demás normas en las que se sustenta, son absolutamente claras al establecer dos supuestos de *inarbitrabilidad*, que son: (i) las Decisiones de la Entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra y (ii) las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones del adicional de obra que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. Este es el tercer punto sobre el cual se extenderá el Tribunal arbitral en el Análisis y Motivación.

2.3.14 En la parte final de su escrito del 15 de octubre del que se da cuenta en los numerales 2.7 LA DEMANDADA cumple con lo solicitado por el Tribunal en la Audiencia Especial del 03 de octubre de 2018, presentando los siguientes cuadros de incidencia en los diversos escenarios:

PORCENTAJE DE INCIDENCIA DE LAS PRETENSIONES RECLAMADAS POR EL CONTRATISTA EN LOS ARBITRAJES SEGUIDOS RESPECTO AL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 075-2015-MTC/20.-

PROCESO ARBITRAL	AMPLIACIÓN DE PLAZO	MONTO RECLAMADO EN LAS PRETENSIONES	% DE INCIDENCIA DEL MONTO RECLAMADO
Arbitraje 1 Exp. 359-2016-CCL	Ampliación de Plazo N°1 x 55 dc	S/. 2 158 196,51	0.83%
Arbitraje 2 Exp. 271-2017-CCL	Ampliación de Plazo N° 3 x 42 dc	S/. 2 141 251, 25	0.82%
Arbitraje 3 Exp. 012-2018-CCL	Ampliación de Plazo N° 6 x 33 dc	S/. 1 685 241,98	0.65%
Arbitraje 4 Exp. 0027-2018-CCL	Ampliación de Plazo N° 7 y N° 9 x 49 dc	S/. 3 245 553,60	1.25%
			3.56%

C/S
↑
AS

PORCENTAJE DE INCIDENCIA EN CASO EL TRIBUNAL AMPARE LAS PRETENSIONES DEL CONTRATISTA.-

ESCENARIO	ANÁLISIS	RESULTADO
% de Incidencia Acumulada SIN que el Tribunal ampare la demanda	14.68%	14.68%
% de Incidencia en caso el Tribunal ampare la presente demanda (Arbitraje 2)	14.68% + 0.82%	15.50%
% de Incidencia en caso en Tribunal ampare todas las demandas de los arbitrajes (Arbitraje 2, 3 y 4)*	14.68% + 2.72%	17.40%

() Para determinar este porcentaje de incidencia solo se consideraron los montos de los arbitrajes 2, 3 y 4; pues mediante Laudo Arbitral del 22/08/2018 (Arbitraje 1), se declaró infundada la petición del pago de mayores gastos generales variables del Contratista, por lo que, no corresponde que sea tomado en cuenta.*

Posición de LA DEMANDANTE

2.3.15 En este punto, el Tribunal considera pertinente aclarar que LA DEMANDANTE, Obras de Ingeniería S.A., no llegó a contestar la reconvencción ni con argumentar en contra de la excepción luego de que por la Orden Procesal No 5 se le pusieron en conocimiento. En vista de ello y considerando la importancia de la excepción planteada, el Tribunal, luego de revisar el expediente, decidió reformular su decisión sobre la Audiencia Ilustrativa fijada por la Orden Procesal No 6, a fin de tratar primero, de manera específica, la excepción de incompetencia planteada por Provias Nacional, motivo por el cual consideró pertinente posponer la Audiencia de Ilustración de Hechos y realizar, en su lugar, una Audiencia Especial con la finalidad de tratar exclusivamente la excepción formulada para conocer la posición de LA DEMANDANTE, respecto a este extremo y permitir un espacio adecuado para el ejercicio del derecho de defensa y el debate por las partes. Es así como, el Tribunal conoce de la argumentación en la que se sustenta LA DEMANDANTE para contradecir la excepción planteada.



2.3.16 En efecto, el 28 de mayo de 2018, dentro del plazo otorgado, Provias Nacional cumplió con contestar la DEMANDA, interpuso reconvencción y formuló excepción de competencia. Asimismo, mediante escrito de fecha 6 de junio de 2018 presentó los medios probatorios señalados en su escrito de contestación de DEMANDA y reconvencción. Ambos escritos fueron puestos **EN CONOCIMIENTO** de Obras de Ingeniería S.A por la Orden Procesal No 5.

2.3.17 Al no existir respuesta a la excepción planteada en su oportunidad, los primeros argumentos de LA DEMANDANTE son conocidos en la Audiencia Especial del 03 de octubre de 2018. Estos argumentos son reproducidos en el escrito sobre conclusiones finales sobre la excepción presentado el 18 de octubre de 2018, presentado por Obras de Ingeniería S.A.C. dentro del plazo otorgado por el Tribunal en la referida Audiencia Especial.

2.3.18 El DEMANDANTE considera que la Excepción de incompetencia planteada por la Entidad debe ser declarada infundada. Para sustentar su posición, parte por la necesidad de considerar ciertos conceptos que permiten delimitar el marco jurídico aplicable a esta controversia y resolver un conjunto de interrogantes.

2.3.19 Comienza el DEMANDANTE con el concepto de "Ampliación de Plazo" respecto al cual formula las siguientes preguntas:

2.3.19.1 ¿Cuándo se otorga una ampliación de plazo?

2.3.19.2 ¿Cuáles son los efectos de la modificación del plazo contractual?

2.3.19.3 ¿La presente controversia trata sobre una ampliación de plazo?

2.3.19.4 ¿Son Arbitrables las decisiones de la Entidad sobre ampliaciones de plazo?

↑
OA

2.3.20 El segundo concepto sobre el cual el DEMANDANTE formula interrogantes es el de "Adicionales de Obra", en el que considera las siguientes:

- 2.3.20.1 ¿Qué es un adicional de Obra?
- 2.3.20.2 ¿Cuáles son las consecuencias de un adicional de obra?
- 2.3.20.3 ¿Qué es un presupuesto adicional de obra?
- 2.3.20.4 ¿Qué es un presupuesto deductivo?
- 2.3.20.5 ¿Es posible incluir dentro del presupuesto adicional de obra los gastos generales variables de ampliación de plazo?
- 2.3.20.6 ¿Para qué sirve el cálculo de incidencia?
- 2.3.20.7 ¿Qué conceptos se consideran en el cálculo del porcentaje de incidencia?
- 2.3.20.8 ¿Es posible que el porcentaje de incidencia se modifique de alguna manera con la aprobación de una ampliación de plazo el pago de los mayores gastos generales variables que corresponden a dicha ampliación?
- 2.3.20.9 ¿En el presente arbitraje se está cuestionando el monto de la prestación adicional No 3 otorgada por la Entidad?

2.3.21 El tercer concepto sobre el que LA DEMANDANTE ampara su defensa partiendo de las referidas interrogantes, es sobre los conceptos de arbitrabilidad e inarbitrabilidad establecidos en la normativa de contrataciones del Estado. Al respecto se pregunta:



¿Es posible establecer vía interpretación supuestos adicionales de inarbitrabilidad no establecidos expresamente en la normativa de contrataciones del Estado?

2.3.22 En cuanto a la normativa legal relevante para sustentar sus respuestas a cada una de las interrogantes antes planteadas, el DEMANDANTE reconoce las siguientes:

- 2.3.22.1 Artículo 41, numerales 41.2º, 41.5º y 41.6º, así como el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE)
- 2.3.22.2 Artículos 200, 201, 202, 203, 207 y 208 del Reglamentos de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE)
- 2.3.22.3 Numeral 40 del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición de "Prestación adicional de Obra".
- 2.3.22.4 Numeral 41 del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición sobre definición de "Prestación adicional de Obra".
- 2.3.22.5 Anexo No 01 sobre Glosario de Términos de la Directiva 011-2016-CG/GPROD "Servicio de Control Previo de las Prestaciones adicionales de Obra".
- 2.3.22.6 La Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20
- 2.3.22.7 Directiva No 002-2010-CG/OEA sobre Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra" emitida por la Contraloría General de la República para el cálculo de la incidencia acumulada del presupuesto adicional de obra.



2.3.23. El argumento central de LA DEMANDANTE para rechazar la excepción, en opinión de este Colegiado (lo que no implica desconocer la importancia de los demás), es el distingo que hace entre la prestación adicional de obra y la ampliación de plazo. Otro argumento es el que expone respecto al control externo por la Contraloría General de la República y al cálculo del porcentaje de incidencia acumulada de las prestaciones adicionales de obra. Un tercero, es el relativo a los supuestos de inarbitrabilidad. Aunque en un orden distinto, los tres son analizados por el tribunal

2.3.24. La importancia de este distingo para LA DEMANDANTE se advierte con la pregunta ¿Cuáles son las consecuencias de un adicional de obra? Al responderse a esta pregunta señala: “La aprobación de una prestación 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 de la Ruta Crítica y, en consecuencia, no genere una ampliación de plazo.”(Numeral 2.2 de su escrito de Conclusiones respecto a los temas tratados en la audiencia del 18 de octubre de 2018). Es posible que - agrega LA DEMANDANTE- “...como en el caso materia de la presente controversia, que una vez aprobado el adicional de obra y consentida la resolución en virtud a la cual se aprobó el referido adicional, la ejecución de dicha prestación adicional afecta la ruta crítica de la obra, y sea necesario tramitar una ampliación de plazo, como un acto jurídico posterior, distinto e independiente de la prestación adicional.

2.3.25 Con relación al segundo argumento sobre el control por la Contraloría General de la República, interesa destacar en especial la referencia a la Directiva No 002-2010—CG/OEA que en su artículo establece una fórmula específica que suma algebraicamente los montos de todos los presupuestos adicionales de obra y presupuestos deductivos del contrato, para luego dividir este resultado por el monto original del contrato y todo ello multiplicarlo por 100. La fórmula es la siguiente:

$$I\% = \frac{\sum_{i=1}^{i=n} PA + \sum_{i=1}^{i=n} PDV}{MC} \times 100$$

I% = Porcentaje de incidencia acumulada de un presupuesto adicional, respecto del contrato original.

PA = **Presupuestos adicionales de obra:** incluye los presupuestos adicionales de obra aprobados previamente, incluso aquellos con carácter de emergencia, y el presupuesto adicional en trámite.

PDV = **Presupuestos deductivos vinculados:** incluye los presupuestos deductivos vinculados aprobados previamente y el que se encuentra en trámite, de ser el caso.

MC = Monto del contrato original.

2.3.26 En consecuencia, como lo expreso el representante del DEMANDANTE en la audiencia especial y lo reitera ahora en el escrito antes aludido, esta fórmula ni admite ni considera gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo y expone como ejemplo el caso de la resolución Directoral No 369—2018-MTC/20 de fecha 09 de marzo de 2018 conforme a la cual la entidad aprobó la solicitud de ampliación de plazo No 12 por 23 días calendario, con reconocimiento de mayores gastos generales, pero sin incluirlos en el cálculo de incidencia. Enfatiza LA DEMANDANTE que en este caso la Entidad actuó conforme a derecho, pues incluir los gastos generales materia de la ampliación de plazo en el porcentaje de incidencia, habría sido absolutamente contrario a derecho, sin importar la causal que genera la ampliación de plazo.

2.3.27 El tercer argumento que se analizara es el contenido en el numeral 3º su escrito de conclusiones respecto a los temas tratados en la audiencia del 03 de octubre de 2018. Según este argumento, LA DEMANDADA estaría agregando un nuevo supuesto de inarbitrabilidad, no establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

04
0.5

2.3.28 En la parte final de su escrito del 18 de octubre del que se da cuenta en los numerales 2.7 el DEMANDADO cumple con lo solicitado por el tribunal en la Audiencia Especial del 03 de octubre de 2018, presentando el siguiente cuadro de incidencia en un escenario único:

CALCULO DEL PORCENTAJE DE INCIDENCIA

Item	Descripción	Monto (\$L)	% Incidencia
1.00	Contrato Original		100.00%
2.00	Presupuesto Adicional N° 01	259,607,468.37	
3.00	Presupuesto Adicional N° 02	7,233,740.38	2.79%
4.00	Presupuesto Adicional N° 03	15,939,276.51	6.14%
		19,537,828.56	7.53%
5.00	Presupuesto Deductivo Vinculante N° 01	-137,699.06	-0.05%
6.00	Presupuesto Deductivo Vinculante N° 02	-189,727.75	-0.19%
7.00	Presupuesto Deductivo Vinculante N° 03	-8,732,872.28	-3.36%
8.00	Presupuesto Adicional N° 04	5,607,877.04	2.16%
9.00	Presupuesto Deductivo Vinculante N° 04	-859,172.41	-0.33%
Presupuesto Actualizado		297,706,719.36	
% de Incidencia Acumulada			114.68%

Como es posible observar del cuadro precedente, se han colocado los montos de los presupuestos adicionales de obra y los de los presupuestos deductivos vinculantes de los cuatro adicionales de obra; asimismo, se han colocado los porcentajes a los que ascienden dichos presupuestos adicionales y sus presupuestos deductivos vinculantes. De los datos señalados en el cuadro, se puede observar que de acuerdo al cálculo del porcentaje de incidencia establecido en la Directiva de la Contraloría antes señalada, se obtiene un porcentaje de 14.675%, es decir, **14.68%**:

48'318,722.49 (Σ PA) + -10'219,471.50 (Σ PDV)	×	100	=	14.68%

259'607,468.37 (MC)				

3 ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN Y MOTIVACIÓN

Handwritten signature and initials.

Razonamiento y decisión de los Árbitros basado en pruebas (motivación)

3.1. Que como se puede apreciar de lo expuesto sobre la posición de las partes en los numerales 2º y 3º que antecede, las partes coinciden plenamente en que el presente arbitraje:

3.1.1. Se refiere a controversias derivadas del Contrato de Ejecución de Obra No 075-2015-MTC, el mismo que contiene en su cláusula 19.1ª

3.1.2. Que el referido contrato de Obra se suscribió bajo la vigencia del Decreto Legislativo 1017. Que en especial resultan de aplicación los artículo 41.2º y 41.5º de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE); el artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; los artículos 207 y 208 del Reglamentos de la Ley de del Estado (RLCE); los numeral 40º del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición de "Prestación adicional de Obra" 'y el numeral 41º del Anexo de Definiciones contenido en el Anexo Único del RLCE sobre definición de "Presupuesto Adicional de Obra"; y la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20.

3.2. Que las partes discrepan o no concuerdan, entre sí, en los siguientes puntos:

3.2.1 En la interpretación de la "inarbitrabilidad" que supuestamente se derivaría de la cláusula 19.1 del Contrato de Ejecución de Obra No 075- 2015-MTC/20.

3.2.2. Sobre si las pretensiones de las Demandadas versan o se derivan de supuestos de prestación adicional de obra o de la ampliación de plazo.

3.2.3 En el control externo por la Contraloría General de la República, debido diferencias en el cálculo del porcentaje de incidencia acumulada de las prestaciones adicionales de obra.

3.2.4 En las normas aplicables, el DEMANDADO al plantear su excepción considera pertinente aplicar además el numeral 41.1 del artículo 41º de la LCE, el artículo 22 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Por su lado LA DEMANDANTE se ampara adicionalmente en el artículo 41.6º, así como el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE); en los artículos 200, 201, 202 y 203, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE); Anexo No 01 sobre Glosario de Términos de la Directiva 011-2016-CG/GPROD "Servicio de Control

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra”; en la y Directiva No 002-2010-CG/OEA sobre Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra” emitida por la Contraloría General de la República para el cálculo de la incidencia acumulada del presupuesto adicional de obra.

3.3 Es así como, el presente Tribunal en el entendido cabal de la debida motivación¹ que sustenta sus resoluciones, considera que debe ahondar en el análisis de tres puntos en el presente caso: (i) la arbitrabilidad de las pretensiones; (ii) la naturaleza de lo que es objeto de la pretensión, es decir, si estamos frente a un caso de prestación adicional o de ampliación de plazo; y, (iii) si los supuestos de hecho del caso ameritan la participación de la Contraloría General de la República.

De la arbitrabilidad de las pretensiones

3.4 El Contrato contiene una cláusula o convenio arbitral en la cláusula décimo novena, que en su numeral primero, señala textualmente lo siguiente:

“ 19.1 Las partes acuerdan que las controversias que surjan, sobre la ejecución, interpretación resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del Contrato, se resuelven mediante conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley No 27785, y sus modificatorias como en la Ley No 29622, publicado el 07.12.2010, así como en las demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el enriquecimiento sin causa, así como las materias que sean fuente de obligaciones distintas al presente Contrato no serán materia arbitrable.”

¹ Según la **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N. ° 0896-2009-PHC/TC del 24 de mayo del 2010**, “uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, lo que es acorde con el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138.° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa” (Exp. N.° 04729-2007-HC, fundamento 2) . La referida sentencia agrega que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.”

06
0A

3.5 Comenzando por el artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley No 27785, conviene reiterar su texto:

“Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje. Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.” (el subrayado es nuestro)

3.6 Para entender a cabalidad los alcances del artículo 23 antes referida, debemos concordarla en primer lugar con el literal k) del Artículo 22 de la misma Ley No 27785, según la cual son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:“

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento...” (el subrayado es nuestro)

3.7. Otra norma aplicable según el artículo 23 de la Ley 27785, es numeral 4 del Artículo 1 de la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje, cuyo tenor es el siguiente.

“Artículo 1º.- Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse

respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto...

4º Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público...”

3.8 Finalmente, la otra norma citada en la cláusula arbitral, es la modificación dispuestas por la ley 29622, es irrelevante en el presente caso pues no modifica ni el artículo 22º inciso k, ni el artículo 23 de la ley 27785. Se trata de una norma que se refiere al proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional

3.9. Pues bien, es el caso destacar que luego de evaluar las pretensiones de la DEMANDA y los argumento de las partes, el Tribunal quiere destacar una coincidencia entre las posiciones de la partes respecto al presente punto del caso, en el que las partes concuerdan: Sea que hablemos de adicionales de obra o de prestaciones de obra, el origen de las mismas sigue siendo un caso de prestación adicional de obra.

3.10 Nos explicamos. Como ya lo hemos expuesto, ambas artes reconocen que resulta de aplicación al caso la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20 (en adelante la RD). Es más, las dos pretensiones hacen expresa referencia a ella como sustento legal de las mismas Por lo que el análisis del Tribunal debe comenzar por esta Resolución:

3.10.1 En primer lugar: En sus vistos, la RD alude a la carta No 290-2016/CSY de fecha 2 de junio de 2017, presentada por el Consorcio Supervisor Yauri, Supervisor de la obra 'Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Dv. Negromayo – Occoruru –Palipata – Dv. Yauli” (en adelante la Obra)

3.10.2 Que mediante la referida carta alcanza **la solicitud de la DEMANDANTE, de ampliación de plazo No 3,** Contrato de Ejecución de Obra No 075- 2015-MTC/20.

3.10.3 Que en la parte considerativa de la RD, se deja constancia que la ampliación de plazo, se sustenta en la Resolución Ministerial No 344-2017-

MTC/01.02 de fecha 11.05.2017, en cual aprueba un **Adicional de Obra** el cual genera su propio_Presupuesto **Adicional de Obra**

3.10.4 Acto seguido, RD especifica que como Contratista, el DEMANDANTE cumplió con realizar la anotación correspondiente en el Cuaderno de Obra, asiento No 737 del 11.05.2017. En este asiento consta el dicho del DEMANDANTE que (i) han recibido la Resolución Ministerial No 344-2017-MTC/01.02 que hemos reseñado en el numeral 4.9.3 que antecede y (ii) que “al amparo del artículo 201 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado” solicitarían una **Ampliación de Plazo**, “habida cuenta que la **prestación adicional No 3** contiene actividades que son de vital importancia para continuar con la normal ejecución de la obra”. (El resaltado y el subrayado es nuestro).

3.10.5 Finalmente la RD resuelve declarar procedente en parte la solicitud de ampliación de Plazo No 3 formulada por el contratista otorgándole 55 días calendarios de los 97 solicitados, sin el reconocimiento de mayores gastos generales por aplicación del artículo 202 de RLCE.

3.11 De lo expuesto en la RD que ambas partes coinciden es aplicable, se desprende claramente:

3.11.1 Que LA DEMANDANTE ya solicitó la ampliación del plazo por causa de Adicional de Obra y que la Autoridad Competente ya se pronunció sobre la misma

3.11.2 Que LA DEMANDANTE ya solicitó un Presupuesto adicional de Obra y que la Autoridad competente ya se pronunció sobre la misma.

3.12 Ahora bien, el artículo 201 del RLCE que según lo expuesto en la RD, ampara la solicitud de ampliación de plazo, según el asiento del Cuaderno de Obra al que se refiere el asiento señala en su primea parte, 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" (el resaltado y subrayado es del Tribunal)

3.13 Que el artículo precedente a que se refiere el artículo 201 antes citado, es el 200 del RLCE, establece cuatro causales diferentes, que son:

3.13.1 Primera Causal: Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

3.13.2 Segunda Causal: Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.

3.13.3 Tercera Causal: Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.

3.13.4 Cuarta Causal: Cuando se aprueba la prestación adicional de obra.

3.14. Que es aquí donde el análisis debe detenerse, porque precisamente en este punto radica, en opinión de este tribunal, la confusión que está dando origen a la controversia: La causal invocada por el contratista para solicitar la ampliación del plazo, en su momento, es distinta, supuestamente, a la causal que ahora invoca para justificar su DEMANDA. Esto se evidencia claramente desde la Audiencia especial llevada a cabo el 3 de octubre de 2018, en la que los representantes/abogados de LA DEMANDADA afirman que es importante que el tribunal tome en cuenta que la ampliación del plazo 3 tuvo como causal la ejecución del presupuesto adicional de obra No 3 , el mismo que se otorga sin el reconocimiento de mayores gastos generales variables, porque el presupuesto adicional que se va a ejecutar tiene su propio presupuesto específico, lo que guarda relación con el porcentaje de incidencia de adicionales que se otorgó. (Ver a partir del minuto 00.03.13 del Video)

3.15 En la misma audiencia, el representante/abogado de la parte DEMANDANTE reconoce expresamente que las pretensiones no cuestionan el adicional. Al respecto expresa textualmente "aquí no se está cuestionando el adicional, aquí lo que se está pidiendo es que en el marco de una ampliación de plazo" se le reconozca un gasto general que no les ha sido reconocido (primera pretensión) y un mayor plazo con el mayor gasto general que corresponda por **la ampliación de plazo No 3**. Y agrega en favor de su posición y sus posteriores disquisiciones, que la ampliación

de plazo son actos jurídicos absolutamente distintos porque se tramitan en base a artículos, momentos y resoluciones diferentes. (Ver a partir del minuto 00.24.24 del video).

3.16 Que es en este punto precisamente, en que el Tribunal debe ser enfático al afirmar que aquí deben comenzar y terminar las disquisiciones sobre la causal. Continuar respondiendo interrogantes en esta línea nos llevaría de mezclar (como bien lo advierte la propia DEMANDANTE antes de caer precisamente en el error que invoca), por caminos derivados de actos absolutamente distintos que conducen a destinos completamente diferentes.

3.17 En efecto, la norma de los artículos 200º y 2001º del RLCE son el reflejo de un mecanismo bastante usual en el derecho de los contratos y las obligaciones, que distinguen entre las causas no imputables al deudor, las imputables al acreedor y las que no pueden imputarse ni a uno ni al otro al momento de determinar sus efectos cuando estas alteran o desvían la ejecución de un contrato o de una relación obligatoria². No es lo mismo que esa alteración se haya producido por culpa del deudor, o por causa atribuible al acreedor, o por caso fortuito o fuerza mayor³.

3.18 La razón de poner fin a las diversas disquisiciones de LA DEMANDANTE formuladas a través de múltiples interrogantes es porque estas causales son excluyentes entre sí (lo que no impide el fenómeno de la cocausación que sirve para matizar el efecto jurídico que se le atribuye a las causales cuando configuran el supuesto jurídico. O se invoca que la causal que motiva la solicitud es una no imputable al contratista, o se reclama por un hecho del Propietario o se aduce el caso fortuito y la fuerza mayor.

² Los hechos, obstáculos o causas que impiden al deudor el cumplimiento de la obligación, reciben en doctrina la denominación genérica de "Causa Extraña no Imputable" y configuran el incumplimiento involuntario por parte del deudor, quien queda exonerado del deber de cumplir la prestación (deber de prestación) y de la responsabilidad civil que el incumplimiento de la prestación pueda acarrearle.

³ El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

3.19 Pero, siendo así, cabría objetar que el razonamiento expuesto nos es aplicable cuando estamos frente a la cuarta causal: el Adicional de Obra. La respuesta sin embargo, es la misma, es decir, sigue siendo una causal excluyente de las demás. El adicional de la obra es una causal especialísima de los contratos de construcción que se distingue de la causa no imputable por su objeto y magnitud. El objeto de la causal está vinculado a la aparición por conveniencia o necesidad de ejecutar “trabajos adicionales” o “mayores metrados” no previstos en el diseño original de la Obra y por ende, conlleva a un nuevo acuerdo de voluntades que lo respalde, como lo reconoce el propio Contrato de Ejecución de Obra N° 016-2015-SUNARP-Z.R. N° IX/LP, en su cláusula Vigésimo Sétima⁴.

3.20. Es cierto que estrictamente hablando esta conveniencia o necesidad surge “por causa no imputable al Contratista”. Lo que ocurre es que la expresión “causa no imputable tiene en el derecho un sentido amplio y otro estricto., pero ocurre que las demás causales también pueden ser consideradas como “causas no imputable”. Qué duda cabe que la fuerza mayor es una causa no imputable al contratista, sin embargo, la ley las distingue claramente en el artículo que comentamos del RLG.C.

3.21 Situación similar se recoge en otros regímenes contractuales. Así en los contratos tradicionales que se sustentan en la seguridad con plazos cortos como los tipificados en el Código Civil y en los contratos modernos que se sustenten en el riesgo en base a contratos de largo plazo, se distingue entre causa no imputable, culpa, hecho del acreedor y caso fortuito y fuerza mayor. En todos los casos, la distinción se realiza para atribuir consecuencias diferentes a situaciones distintas.

De la naturaleza de lo que es objeto de las pretensiones

3.22 La cuestión por dilucidar en relación al objeto de las prestaciones es si estamos frente a un caso de ampliación de plazo sustentada en la primera causal referida a causas no imputables al contratista; o si estamos frente a una ampliación de plazo sustentada en la cuarta causal relacionada con una prestación adicional.

4

El numeral 27.1 de la referida cláusula vigésimo sétima señala “El importe del presente contrato, sólo se podrá incrementar o disminuir en función de las prestaciones realmente ejecutadas y requeridos, previo acuerdo entre las partes y debidamente autorizados por Provias Nacional, tal como lo establece el artículo 41 de LA LEY, y en concordancia con lo establecido en los artículos 207° y 208° de EL REGLAMENTO.

3.23 Al Respecto vale la pena en este punto recordar las partes pertinentes de las pretensiones:

3.23.1. Primera Pretensión: “Determinar si corresponde o no ordenar que Provías Nacional cumpla con pagar los gastos generales que le corresponden a Obrainsa, de acuerdo a la ley por la Ampliación de Plazo N°03, en virtud de la cual se amplió el Plazo de Ejecución de Obra en 55 días calendario, a través de la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20;...”; y

3.23.2 Segunda Pretensión: Determinar si corresponde o no ordenar a Provías Nacional que le otorgue a Obrainsa los 42 días calendarios no reconocidos en la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20 que declara procedente en parte la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03...”

3.24 Las partes están de acuerdo en la aplicabilidad de la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20, solo que mientras LA DEMANDADA afirma que los gastos generales y el mayor plazo son las mismas pretensiones derivadas de adicionales de obra que ya fueron consideradas en la misma y por ende rechazadas; LA DEMANDANTE arguye que la misma es tan sólo “el marco” dentro del cual las solicita pretensiones diferentes, al amparo de una causal diferente como es la causa no imputable.

3.25 Habiendo quedado establecido en el análisis de arbitrabilidad que las causales de que sustentan toda ampliación de plazo son excluyentes entre sí, para este Tribunal resulta claro que LA DEMANDANTE ya eligió y siguió el procedimiento de la causal de prestación adicional de obra. Siendo así, la causal objeto de las pretensiones es la de **Prestación Adicional de OBRA**, por lo que toda disconformidad, objeción o discusión sobre la misma implica un cuestionamiento de una decisión que pasa por la modificación del contrato original; las pretensiones que se deducen de la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20, no son arbitrables.

3.26 A mayor abundamiento, resultan ilustrativas las sentencias que la DEMANDADA ha presentado como pruebas; en especial la de más reciente data, la Resolución de La Corte Superior de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad

Handwritten signature and initials in the bottom left corner of the page.

Comercial⁵ que declara fundada una demanda de anulación parcial de Laudo Arbitral, que señala que “el presupuesto adicional de obra comprende (o debe comprender) entre otros conceptos los gastos generales propios en la prestación adicional” (pág. 8). Y agrega en el Considerando Décimo Sétimo:

“De ello advierte meridianamente clara que en la primera pretensión de “la demanda arbitral, el Consorcio pretende que el tribunal arbitral otorgue gastos generales variables correspondientes a los días adicionales concedidos por ampliación de plazo, porque el gasto general variable otorgado en el correspondiente presupuesto adicional de obra es insuficiente. **La Pretensión señalada significa una concreta modificación del Presupuesto Adicional de Obra No 02 otorgado por PROVÍAS que dio origen a la Ampliación de Plazo No 11**” (El resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar, el supuesto de hecho del que parte la sentencia en cuestión es similar al de la primera pretensión y coincide con el criterio de este Tribunal.

3.27. Más claro aún es el caso de la segunda pretensión de la DEMANDA, que pretende la modificación del plazo del contrato, por 42 días calendarios no reconocidos en la Resolución Directoral N° 429-2017-MTC/20, en donde lo que se está solicitando en buena cuenta es la modificación del contrato de obra pública, lo que exige formalmente de un “acuerdo de voluntades” que no puede ser sustraído del ámbito de los órganos competentes, ni de los procedimientos formales para la celebración de contratos por la administración pública.

De la participación de la Contraloría General de la República

3.28 Según Roque J. Caivano ⁶ el orden público sería, la institución de la cual se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar la vigencia y la preeminencia de los intereses colectivos o generales de la sociedad, objetivo que se logra limitando la autonomía de la voluntad. “En definitiva, podemos señalar- continúa

⁵ Resolución de fecha 28 de marzo de 2018, Expediente 420-2017-0,

⁶ Cita en “Arbitrabilidad y Orden Público” que tiene como sustento la “US Court of Appeal for the Second Circuit, 23/12/1974, in re Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Generale de l'industrie du Papier (Rakta), 508 F.2d 969 (2nd Cir. 1974).”

Caivano- que el orden público –en general– traduce la preeminencia del interés general (público o social) por encima del interés puramente individual. Y utiliza, como herramienta para lograr la tutela de ese interés general, la imperatividad de ciertas normas.”⁷

3.29 El Tribunal reconoce que la noción de orden público es escurridiza. Sin embargo en el presente caso el supuesto que afecta el orden público está claramente determinado por el legislador cuando en el artículo 41º del Decreto Legislativo 1017 que aprobó la LCE aplicable al presente caso, señaló en forma imperativa, lo siguiente:

“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.”

3.30 En este punto, la cláusula arbitral 19º del Contrato no hace otra cosa sino reiterar lo establecido en la ley, por lo que toda discusión sobre si cabe que las partes introduzcan supuestos de inarbitrabilidad o respecto a si estaríamos ante una excepción a la regla que debe interpretarse restrictivamente, resulta innecesaria.

3.31 Ahora bien, para este Tribunal resulta claro que el orden público está involucrado en dos situaciones específicas a las que LA DEMANDADA se ha referido correctamente: (i) las Decisiones de la Entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra y (ii) las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones del adicional de obra que, adicionalmente, requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. (Ver numeral 2.8.4 que antecede)

3.32 Ahora bien, como lo ha señalado también LA DEMANDADA, el “Presupuesto adicional de Obra”, exige cuantificar los costos en los que se incurrirá para ejecutar esos trabajos complementarios, es decir, la valoración económica de los mismos. En

⁷ Op. Cit. Pág 66.

esta lógica, todo trabajo complementario exige crear un expediente técnico de la prestación, actividad o trabajo complementario, así como la necesidad de valorizaciones adicionales para el pago de las mismas, lo que debe realizarse considerando “el equilibrio presupuestal” y las necesidades de un “control gubernamental”.

3.33 El equilibrio presupuestal y el control gubernamental, se reúnen en el moderno concepto de “responsabilidad presupuestal” aplicable a todas las intervenciones estatales, especialmente a aquellas configuradas a modo de “proyectos” que tiene que ver con la asunción de compromisos firmes y contingentes y la necesidad de que estos no sólo se presupuesten sino que se incluyan en un plan anual u multianual, dentro del nuevo sistema de planeamiento estratégico y prospectiva de la administración pública.

3.34 Siendo la presente controversia una que atañe a “Decisiones” de la Entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra, el Tribunal Arbitral no puede intervenir para sustraer materias que deben ser convenidas y controladas exclusivamente por órganos de la administración pública.

3.35 Que este es precisamente el caso del presente arbitraje, en el que debido al impacto que las decisiones peticionadas tendrían sobre el porcentaje de incidencia, implicaría sustraer la decisión a la Contraloría General de la República.

3.36 Para terminar este aspecto del Laudo, el Tribunal quiere dejar constancia que la fórmula algebraica no tiene la necesidad de recoger gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo, por la sencilla razón de que estos forman parte (o debieron formar parte) del Presupuesto Adicional, que sí es parte de la fórmula algebraica. Por este motivo, las pretensiones peticionadas por la Demandante, para ser concedidas, deben agregarse al presupuesto adicional, lo que según el cálculo de la DEMANDADA (numeral 2.3.14 que antecede, el mismo que en cuanto al cálculo en sí, no ha sido objetado por LA DEMANDANTE) elevan la incidencia tributaria por encima del 15% que señala la ley para la intervención expresa de la Contraloría General de la República (ver numerales 2.3.5, 2.3.8.3 y 3.26 que anteceden).

4. Consideraciones Finales

Del valor referencial y la propuesta ganadora

4.1 Que el Tribunal observa que conforme a los propios antecedentes del contrato, la obra se licitó con un valor de S/. 238 693 754. 72 (Doscientos Treinta y Ocho millones Seiscientos Noventa y Tres Mil Setecientas Cincuenta y Cuatro con 72/100 y que la oferta ganadora de La DEMANDANTE ascendió a S/. 259 607 468.37 (Doscientos Cincuenta y Nueve Millones Seiscientas Siete Mil Cuatrocientos Sesenta y ocho con 37/100). Esto significa que la oferta significaba en 108.76%, casi en el tope del 110% establecido para su rechazo.

4.2 Si a esto le agregamos ahora el porcentaje de incidencia, que hubiera sobrepasado el 15% en caso las pretensiones de la DEMANDANTE hubieran sido concedidas, el Tribunal considera que se afectaría el principio de competencia funcional, además del ya mencionado principio de responsabilidad presupuestal.

De la naturaleza del presente Laudo

4.3 El presente Laudo es de naturaleza final, ya que con él concluyen las actuaciones de este Tribunal, a excepción de las eventuales solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión que pudieran tener lugar.

De las Pretensiones de la Reconvención:

4.4 Que las pretensiones de la reconvención deben tener conexión las que son objeto de la demanda principal, por lo que no pueden admitirse reconvención cuando se carece de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. El Tribunal observa que las pretensiones de la reconvención, son adicionalmente controversias espejo⁸ de las planteadas en la DEMANDA por el DEMANDANTE por lo que lo resuelto en el presente laudo también afecta a las pretensiones de la reconvención ellas.

5. COSTAS Y COSTOS

5.1 Que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el

⁸ Pretensiones espejo, porque coinciden en sujetos, objeto y causa y sus subelementos, la trascendencia y la imputación.

artículo 70° del citado cuerpo legal⁹. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral¹⁰; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

5.2 En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que este Colegiado se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

5.3 Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista de este Colegiado, de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase

⁹ Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Artículo 72.- Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.

¹⁰ Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Handwritten marks: a circle with a vertical line through it, and the letters 'O.' and 'A' written below it.

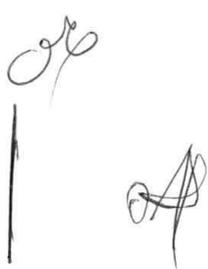
los honorarios este Colegiado y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje en partes iguales. Precisándose, que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente. En consecuencia, estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales, y siendo que han cumplido con el pago de los honorarios a su cargo, corresponde que ninguna de las partes adeuda entre sí el pago de honorarios y gastos arbitrales del proceso.

Tomando en cuenta la cuantía de la controversia, la cual asciende provisionalmente a la suma de S/. **2319483.27**, en aplicación de la Tabla de Aranceles del Centro, se fijan los siguientes anticipos de gastos arbitrales:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Arbitral	S/. 52,384.02 más I.G.V.
Gastos Administrativos del Centro	S/. 15,971.57 más I.G.V.

6. FALLO

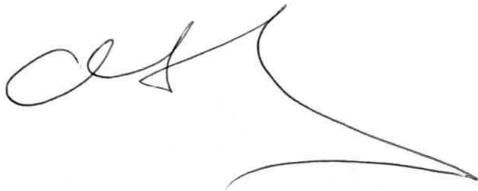
PRIMERO: Declarar Fundada la Excepción de Incompetencia deducida por EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVÍAS NACIONAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y con ello concluido el presente proceso arbitral.



SEGUNDO: Disponer que cada de una de las partes asuma el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje como anticipos, conforme a lo expuesto en el numeral 5° que antecede.



EDGARDO MERCADO NEUMANN
Presidente del Tribunal Arbitral



OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Árbitro



ÓSCAR SUMAR ALBUJAR
Árbitro



PAOLA DASSO ZUMARÁN
Secretaria Arbitral