

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

Expediente Arbitral 005-2011

Lima, 16 de diciembre de 2011.

LAS PARTES:

CONSORCIO PORTUARIO SAN MARTIN
EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL:

CHRISTIAN STEIN CARDENAS
MARIO LINARES JARA
MARCO PAZ ANCAJIMA

SECRETARÍA INSTITUCIONAL:

FABIOLA SOTELO SOTO

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.-

El 12 de julio de 2010, el Consorcio Portuario San Martín [en adelante, El Consorcio] y la Empresa Nacional de Puertos S.A. [En adelante, la Entidad], suscribieron el Contrato para la Ejecución de la Obra "Reparación de los amarraderos 1A y 1B incluyendo la demolición de los amarraderos 1C y 1D del Terminal Portuario General San Martín" derivado de la Licitación Pública Nº 001-2010-ENAPU S.A./TPC.

La Cláusula Décimo Octava del Contrato señala que "(...) las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja, o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente contrato, será resuelta de manera definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento Vigente, así como del Reglamento



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 1 de 29



del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú quién administrará el Proceso Arbitral(...)"

En concordancia con ello, el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, establece que: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la entidad (...)".

II. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

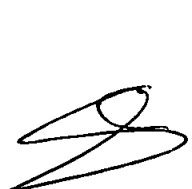
Con fecha 10 de mayo de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal arbitral, con la asistencia de los representantes de El Consorcio y ENAPU (la Entidad).

En dicha audiencia, los miembros de Tribunal Arbitral declararon que fueron debidamente designados de acuerdo a Ley y se ratifican en su aceptación al cargo de árbitro. A su vez, manifiestan no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.

Por su parte, las partes asistentes manifestaron su conformidad con la conformación del Tribunal Arbitral y expresaron que no conocen causal de recusación en su contra.

III. PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONSORCIO.-

Con fecha 24 de mayo de 2011, Consorcio Portuario San Martín presentó su escrito de demanda, planteando las siguientes pretensiones:



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 2 de 29



- a) Se otorgue una Ampliación de Plazo por 210 días calendarios, solicitada mediante Carta N° 024-2011-CPSM de fecha 28 de febrero de 2011, así como el pago de la valorización de mayores gastos generales por S/. 1'081,459.87 (un millón ochenta y un mil cuatrocientos cincuenta y nueve con 87/100 nuevos soles) y de equipo improductivo por S/. 2'791,622.78 (dos millones setecientos noventa y un mil seiscientos veintidós con 87/100 nuevos soles).
- b) Se otorgue una ampliación de plazo de 54 días calendario, así como el pago de mayores gastos generales por S/. 417,134.52 (cuatrocientos diecisiete mil ciento treinta y cuatro con 52/100 nuevos soles) y el costo de equipo improductivo por S/. 677,710.63 (seiscientos setenta y siete mil setecientos diez con 63/100 nuevos soles).
- c) Se pague la partida de "Demolición de Tapones de gancho de losetones Hexagonales", el adicional N° 03, por el monto de S/. 185,684.48, incluido IGV.

El Consorcio sustenta su solicitud de Ampliación de Plazo por 210 días calendario en la imposibilidad de ejecutar partidas contractuales, por la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional N° 02 – Reparación de los Pilotes 1A y 1B y por el tiempo que conlleva la ejecución del mencionado Adicional. Su solicitud de ampliación de plazo fue sustentada en el expediente presentado con Carta N° 024-2011-CPSM, recibida con fecha 28 de febrero de 2011. No obstante, la Entidad denegó tal ampliación de plazo a través de la Resolución de Gerencia General N° 119-2011-ENAPU SA/GG, notificada al Consorcio mediante Oficio N° 226-2011 ENAPU SA/GG, recibido el 17 de marzo de 2011. Asimismo, sustenta el monto de gastos generales por los 140 días de retraso en la aprobación del adicional N° 2. Por otro lado, sustenta el costo de equipo improductivo de acuerdo a lo pactado en los análisis de precios del presupuesto contractual, multiplicando el precio unitario de cada equipo por 8 horas de jornada diaria de trabajo.

Con relación a la segunda pretensión, el Consorcio solicita Ampliación de Plazo por 54 días calendario, la misma que tiene como sustento la demora por parte de la Entidad en autorizar la ejecución del adicional N° 03 – de Protección Catódica. Dicha solicitud se presentó en la Carta N° 053-2011-CPSM de fecha 28 de abril de 2011 y se sustenta en el periodo desde que se debió iniciar la partida de Protección Catódica (13.11.2010) hasta que la entidad modificó dicha

partida en virtud del adicional N° 03 mediante Oficio N° 318-2011 ENAPUSA/GG, del 15 de abril del 2011, cuantificándose en 152 días calendario de ampliación de plazo, la misma que se disminuye a 54 días calendario debido al traslape con la causal de demora en la aprobación del Adicional N° 02, detallado en el primer petitorio. Asimismo, se solicita el pago de mayores gastos generales por los 54 días de ampliación de plazo y por costo de equipo improductivo bajo los mismos fundamentos que los utilizados en el primer petitorio.

Con relación a la tercera pretensión, el Consorcio solicita el pago de S/. 185,684.48 correspondientes a la partida de "Demolición de Tapones de gancho de losetones hexagonales" del expediente del Adicional N° 03, el mismo que fue presentado por el monto de S/. 760,782.25, el cual fue aprobado por el monto de S/. 575,091.52, sin tener en cuenta la partida "Demolición de Tapones de gancho de losetones hexagonales", pese a que la misma figuraba en el presupuesto presentado y contenía la respectiva acta de pactación de precios, suscrito entre el Consorcio y la Supervisión.

Atendiendo a las controversias surgidas, el Consorcio solicitó el inicio de un proceso arbitral mediante Carta S/N, de fecha 28 de marzo de 2011, dirigida al Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, presentando su demanda con fecha 24 de mayo de 2011.

IV. POSICIÓN DE LA ENTIDAD SOBRE LA DEMANDA.-

La Entidad señala, en relación a la primera pretensión del Consorcio, que la ampliación de plazo N° 02 presentada por el Consorcio no procede porque se invoca dos causales en su solicitud de ampliación de plazo, lo que no se ajusta a lo establecido en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el Reglamento) que expresa: *"cuando las ampliaciones de plazo se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente (...)"*.

Con relación al pago por equipo improductivo, señala que el artículo 202 del Reglamento otorga el derecho a gastos generales, los cuales no incluyen concepto alguno por equipo improductivo. Del mismo modo, expresa que el pago por equipo improductivo es improcedente porque el mismo ha sido



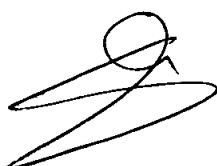
utilizado para ejecutar varias partidas salvo la correspondiente a la reparación de pilotes.

Respecto a la segunda pretensión del Consorcio, la Entidad afirma que la solicitud de ampliación de plazo por 54 días corresponde a la solicitud de ampliación de plazo N° 04, denegada y declarada improcedente mediante Resolución de Gerencia General N° 200-2011 ENAPU S.A./GG. La entidad fundamentó su decisión en lo expresado por el Supervisor mediante Carta N° 164-2011-CS-CATMCB/JS, concluyéndose que las partidas de protección catódica no se encuentran en la ruta crítica y que las anotaciones en el cuaderno de obra relativas al revestimiento de tensores y losas de aproximación no se refieren a causal de ampliación de plazo y por lo tanto no se ajusta a lo expresado en el artículo 201 del Reglamento. La entidad agrega que el contratista invoca una causal diferente, es decir la ejecución de partidas de revestimiento de tensores y juntas de dilatación en losas de aproximación, consideradas en el presupuesto adicional N° 03, que tienen otros periodos de ejecución en la programación vigente, por lo que han debido ser tramitadas y resueltas independientemente por sustentarse en causales distintas y de distintas fechas de ejecución.

Asimismo, la entidad señala que el artículo 202 del Reglamento otorga el derecho a gastos generales, los cuales no incluyen concepto alguno por equipo improductivo. Del mismo modo, expresa que el pago por equipo improductivo es improcedente porque la obra no ha estado paralizada y se han ejecutado varias partidas.

Por último, con respecto a la tercera pretensión del Consorcio, la entidad señala que dicha pretensión corresponde a la solicitud del Adicional N° 03, el mismo que fue aprobado por Acuerdo de Directorio N° 24/03/2011/D, en el cual se excluyó la partida de "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales" debido a que dicha partida se encuentra considerada en la partida contractual "Retiro de pavimento de concreto (Losetones hexagonales)", de conformidad con la Carta N° C.GCAQ.213/11, que responde la consulta realizada al Proyectista mediante Carta 081-2011 ENAPU S.A./GIM.

V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 5 de 29



Con fecha 19 de julio de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos con la asistencia del representante de CONSORCIO PORTUARIO SAN MARTIN. La Entidad no se apersonó a la Audiencia, por lo que no se llegó a acuerdo alguno.

Seguidamente, se procedió a fijar los puntos controvertidos, quedando establecidos de la siguiente manera:

1. Determinar si corresponde o no el otorgamiento a favor del CONSORCIO PORTUARIO SAN MARTÍN de una ampliación de plazo de 210 (doscientos diez) días calendario, con derecho al pago de la valorización por mayores gastos generales de S/. 1'081,459.87 (UN MILLÓN OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CON 87/00 NUEVOS SOLES) y por equipo improductivo de S/. 2'791,622.78 (DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS CON 78/100 NUEVOS SOLES), por parte de ENAPU SA.
2. Determinar si corresponde o no el otorgamiento a favor del CONSORCIO PORTUARIO SAN MARTÍN de una ampliación de plazo de 54 (cincuenta y cuatro) días calendario, con derecho al pago de la valorización por mayores gastos generales de S/. 417,134.52 (CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO CON 52/100 NUEVOS SOLES) y por equipo improductivo de S/. 677,710.63 (SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS DIEZ CON 63/100 NUEVOS SOLES), por parte de ENAPU SA.
3. Determinar si corresponde o no el otorgamiento a favor de CONSORCIO PORTUARIO SAN MARTÍN del pago de S/. 185,684.48 (CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON 48/100), incluido IGV, por la partida de "Demolición de tapones de gancho de rosetones Hexagonales", como Adicional N° 03, por parte de ENAPU SA.

Asimismo, el Tribunal Arbitral, atendiendo a los puntos controvertidos señalados, consideró que correspondía admitir tanto los medios probatorios ofrecidos por la demandante en su escrito de fecha 24 de mayo de 2011 como los ofrecidos por la demandada en su escrito de fecha 10 de junio de 2011, precisándose que de ser necesario el Tribunal Arbitral podría requerir información adicional a las partes y los medios probatorios de oficio que considere necesarios.

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 6 de 29



VII AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 14 de octubre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de los representantes del Consorcio y la Entidad y reiterándose cada una de las partes en sus respectivas pretensiones.

VIII ANÁLISIS.-

8.1. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

8.1.1. DE LA APROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 02, RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES Y COSTO DE EQUIPO IMPRODUCTIVO

Corresponde a este apartado analizar si procede la solicitud de Ampliación de plazo N° 02 por 210 días presentada por el Consorcio. Para tal fin se analizará el procedimiento de ampliación de plazo y el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos necesarios para su otorgamiento.

Así, el artículo 41° del Ley de Contrataciones del Estado¹ señala que el contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

¹ Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones.-

(...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el calendario contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del Artículo 40 de la presente norma.”



Respecto a las causales de la ampliación de plazo, el artículo 200² del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado enumera 4 causales por las que se podrá solicitar la ampliación de plazo:

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
- 2) Atrasos 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.

Por otro lado, respecto al procedimiento que deberá seguir la solicitud de ampliación de plazo, el artículo 201³ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³, establece que durante la ocurrencia de algunas

² Artículo 200.- Causales

De conformidad con el Artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;
- 2) Atrasos 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 ese caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

³ Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

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

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

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

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

Laudo Arbitral Nacional de Derecho



de las causales señaladas líneas arriba el contratista deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. Por último, el inspector o supervisor, en un plazo de 7 días, emitirá un informe expresando su opinión sobre la solicitud de ampliación a la Entidad, y ésta última deberá emitir una Resolución sobre la ampliación en un plazo de 10 días, contados a partir de la recepción del informe del supervisor o inspector, de no emitirse la citada Resolución se entenderá ampliado el plazo.

En ese sentido, los requisitos para toda ampliación de plazo en el caso de ejecución de obras son: (1) Que el contratista incurra en atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados; (2) Que dicho atraso corresponda a una de las causales establecidas en el Artículo 200 del Reglamento; (3) Que el contratista, a través de su residente, haya anotado en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameritaban ampliación de plazo; (4) Que se modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente; (5) Que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

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

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

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

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

A continuación se analizará la procedencia y fundamento de la ampliación de plazo N° 02, es decir si se cumplió las anotaciones en el cuaderno de obra, con el procedimiento de solicitud y si es que la demora afectó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulta necesario para la culminación de la obra.

De la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02

Mediante Carta N° 024-2011-CPSM, de fecha 28 de febrero del 2011, el Consorcio solicita la Ampliación de Plazo N° 02, por un periodo de 210 días calendarios, sustentada en el desfase de partidas contractuales, debido a la imposibilidad de ejecutar diversas partidas por la demora de la Entidad en aprobar el Adicional N° 02, relacionada con la reparación de pilotes, y por el tiempo de ejecución del referido adicional.

Sin embargo, mediante Resolución de Gerencia General N° 119-2011 ENAPU S.A./GG, notificada al Consorcio mediante Oficio N° 226-2011 ENAPU S.A./GG de fecha 17 de marzo de 2011, la Entidad declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 02 presentada por el Consorcio, argumentando que el Consorcio invocó dos causales diferentes, en tiempos diferentes para solicitar la ampliación de plazo N° 02, lo cual no se ajustaría a lo dispuesto por el Artículo 201 del Reglamento, cuando refiere: *"Cuando las ampliaciones de plazo se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total"*.

En efecto, de la revisión del expediente de Ampliación de Plazo N° 02, se aprecia que el Consorcio sustenta su ampliación de plazo N° 02 por 210 días calendario en dos partes; la primera, por 140 días calendario correspondiente a la causal "Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista" y la segunda, por 70 días calendario por la causal "Cuando se aprueba la prestación Adicional de Obra".

Ahora bien, le corresponde al Tribunal Arbitral definir, en primer lugar, la calificación jurídica de los hechos presentados por el Consorcio en su solicitud



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 10 de 29



de ampliación de plazo, evaluar los fundamentos por los cuales la Entidad denegó la misma y, determinar, en primer lugar, la procedencia o improcedencia de la referida ampliación. En segundo lugar, en caso se considere procedente la solicitud, el Tribunal Arbitral deberá analizar los fundamentos de la misma para, finalmente, determinar si corresponde su aprobación o su denegatoria.

Previo al análisis de los puntos descritos anteriormente cabe expresar que el Adicional de Obra N° 02 tiene su origen en la ejecución de la partida inspección de daños, mediante la cual se aprecia que el estado de los pilotes era distinto a lo establecido por el Expediente Técnico. En efecto, los pilotes se encontraban en peor estado que lo que se establecía en el Expediente Técnico, motivo por el cual la Entidad le requirió al Consorcio presentar y sustentar el Adicional de Obra correspondiente denominado Adicional N° 02 para poder ejecutar la partida de reparación de pilotes teniendo en cuenta las nuevas circunstancias que implicaban nuevas partidas y así poder realizar una reparación adecuada de los pilotes. Es por ello que la Entidad aprobó el Adicional N° 02.

De los fundamentos de la Ampliación de Plazo N° 02

En este punto, se analizará si los hechos que sustentan la Ampliación de Plazo N° 02, derivados de la "aprobación del Adicional N° 02", constituyen un atraso y/o paralización no imputable al contratista y si se afectó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

Ahora bien, respecto a los 210 días solicitados por el Consorcio derivados de la imposibilidad de ejecutar partidas contractuales por la demora de la Entidad en aprobar el Adicional N° 02, cabe expresar, en primer lugar, que el artículo 207 del Reglamento establece que "(...) *La demora de la entidad en emitir la resolución en los plazos señalados que autorice las prestaciones adicionales de obra podrá ser causal de ampliación de plazo*". Dicha demora corresponde a la causal "*Atrasos o paralizaciones no atribuibles al contratista*", siendo más bien imputables a la Entidad.

Como segundo punto de análisis se debe establecer si la demora en aprobación del adicional N° 02 constituye una afectación a la ruta crítica del

programa de ejecución de obra vigente, ya que es evidente que no constituye un atraso imputable al contratista. Previamente a ello, debe tomarse en cuenta que el adicional N° 02 se aprobó para modificar el método de reparación de pilotes, el mismo que se tuvo que cambiar debido a que los pilotes se encontraban en peor estado de lo que establecía el Expediente Técnico.

La reparación de pilotes es una partida central para el cumplimiento del objeto del contrato y el atraso en la determinación del método a emplear para dicho fin, implica el desfase de varias partidas contractuales, que genera, necesariamente, la afectación de la ruta crítica del cronograma actualizado de ejecución de obra. En efecto, se aprecia que la partida reparación de pilotes tenía un plazo de ejecución de 199 días calendario (del 01.09.2010 al 18.03.2011). Sin embargo, luego de la inspección del estado de los Pilotes, se aprobó el Adicional de Obra N° 02 con fecha 17 de febrero de 2011, donde se definió la metodología para la reparación de los referidos pilotes. De acuerdo a ello, no se ha podido ejecutar la partida referida hasta el 17 de febrero, habiéndose desplazado la ejecución de dicha partida y todas de las que de ella depende, constituyéndose de esta manera la afectación de la ruta crítica de la obra.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Supervisión, mediante el numeral 3.1 de su Informe de Supervisión respecto a la Ampliación de Plazo N° 02, expresó que *"El lapso entre 03.Ago.2010 (Inicio de plazo de obra) al 27.Dic.2011 (nueva fecha de término de obra) es de 512 días, pero 22 días no se reconocen por demora del contratista en la presentación del Expediente, siendo la ampliación de plazo de 130 días calendario."* Ello demuestra que la ruta crítica se ha afectado y la ampliación de plazo N° 02 está justificada técnicamente, siendo necesaria para concluir la obra.

En virtud a lo expuesto y, con respecto a los 140 días de ampliación de plazo, el Tribunal Arbitral concluye que se ha constituido un atraso en la ejecución de obra por causa no imputable al Consorcio debido a que la Entidad no aprobó el adicional de obra N° 02 dentro del plazo establecido en el artículo 207 del Reglamento⁴, afectándose de esta manera la ruta crítica de la obra por la

⁴ Artículo 207.-Obras adicionales menores al quince por ciento (15%)
(...)

La necesidad de tramitar y aprobar una prestación adicional de obra se inicial con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra, ya sea por el contratista o el supervisor, la cual deberá realizarse con



imposibilidad de ejecutar la partida de reparación de pilotes y todas aquellas que de ella dependen. Dicho atraso implica 140 días calendario, los mismos que se contabilizan desde el 1 de octubre de 2011, fecha desde que la entidad pudo determinar la forma de reparación de los pilotes, hasta el 17 de febrero de 2011, fecha en la que se aprobó el adicional de obra N° 02.

Por otro lado, con respecto a los 70 días por la ejecución misma del Adicional N° 02, el numeral 4) del artículo 200 del Reglamento expresa como causal de ampliación de plazo "Cuando se aprueba el Adicional de Obra". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho periodo es consecuencia necesaria de la aprobación del adicional N° 02, plazo interdependiente y complementario con los 140 días inicialmente analizados en tanto son producto del atraso en la aprobación del referido Adicional, lo cual sin lugar a dudas constituye un atraso y/o paralización por causas no atribuibles al contratista, concluyéndose que la solicitud presentada se sustenta en esta última y única causal.

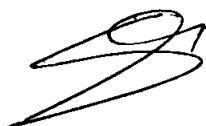
El hecho que origina la Causal "atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista" está constituido por la Aprobación del Adicional N° 02. Este hecho no es imputable al contratista y permite determinar el plazo a ampliar por la demora y por la ejecución, no siendo causales independientes, como mal afirmó el Consorcio en su solicitud, sino consecuencias de un mismo hecho el cual se subsume en una sola causal. Por ello, conforme al principio de iura novit curia, corresponde que el Tribunal Arbitral califique los hechos adecuadamente y así determinar la relevancia jurídica de los mismos.

En ese sentido, al encontramos en el mismo supuesto, y habiéndose determinado que la partida de reparación de pilotes es una partida central en el desarrollo de la obra y que forma parte de la ruta crítica, el Tribunal Arbitral expresa que la ampliación de plazo por 70 días, correspondiente al tiempo de ejecución del adicional N° 02, es procedente, en tanto constituye un periodo necesario para ejecutar dicho adicional, mediante el cual se define el método de reparación de los pilotes, partida que forma parte de la ruta crítica del cronograma actualizado de ejecución de obra.

treinta (30) días de anticipación a la ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra, el contratista deberá presentar al supervisor o inspector el presupuesto adicional de obra, el cual deberá remitirlo a la Entidad en un plazo de diez (10) días. La Entidad cuenta con diez (10) días para emitir la resolución aprobatoria (...).

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 13 de 29



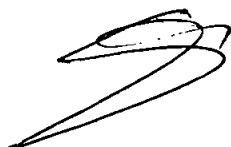
La aprobación del Adicional N° 02 y la no aprobación de la ampliación de plazo por 210 días, correspondiente al atraso en la aprobación del adicional y a la ejecución del mismo, constituirían un contrasentido e implicarían la vulneración del Principio de Equidad establecido en la Ley de Contrataciones del Estado⁵, debido a que se ha incrementado el trabajo a realizar y correspondientemente las prestaciones y obligaciones del Consorcio pero sin el correspondiente plazo para ejecutar los mayores trabajos. Ello a todas luces implica la afectación de la buena fe contractual y la común intención de las partes al momento de contratar e implican la ruptura del equilibrio económico del contrato, el mismo que se detallará más adelante.

Del procedimiento de ampliación de plazo

Por otro lado, para determinar la procedencia o improcedencia de la ampliación de plazo N° 02 se debe analizar, en primer lugar, si se vulnera el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo establecido en el artículo 201 del Reglamento, particularmente el cuarto párrafo que expresa que *"Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo período de tiempo sea este parcial o total"* y, en segundo lugar, si la solicitud se sustenta en un atraso o paralización no imputable al contratista que haya afectado la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.

De acuerdo al análisis realizado, se aprecia que la Ampliación de Plazo N° 02, si bien fue requerida por el Consorcio bajo dos causales, se sustenta en una sola causal, debido a que el Tribunal Arbitral ha concluido que se sustenta en un sólo hecho, definido por la aprobación del Adicional N° 02, y por lo tanto en una sola causal constituida por "Atrasos o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista", ya que es la aprobación del Adicional N° 02 el hecho que permite determinar el plazo total a ampliar, no constituyéndose en dos causales independientes sino en consecuencias de un mismo hecho.

⁵ 1) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.



Cabe precisar que las partidas atrasadas y las partidas a ejecutar por el adicional son interdependientes, es decir, no se podían avanzar con unas si es que no se avanzaban las otras. Detallando lo anterior, no sólo se trata de la demora en aprobar el adicional N° 02 (lo que implica un atraso de 140 días) sino se trata de un conjunto de partidas, las mismas se han visto desplazadas por ambas cuestiones: la demora en la aprobación del Adicional N° 02 y por la ejecución misma del adicional. Por ello, la causal que fundamenta la solicitud de Ampliación de plazo N° 02 es la establecida en el numeral 1 del artículo 200 del Reglamento, es decir "atrasos y/o paralizaciones por causa no atribuible al contratista", la misma que deriva de un único hecho que genera la ampliación de plazo N° 02, es decir la aprobación del adicional N° 02.

En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que existe una sola causal de ampliación de plazo consistente en un atraso por causa no atribuible al contratista, la misma que genera como efecto la aprobación de 210 días de ampliación de plazo que se calculan sumando el tiempo de ejecución del adicional y la demora producida en su aprobación, cuestiones que se fundamentan en un mismo hecho: la aprobación del Adicional N° 02.

Asimismo, de considerarse que el Consorcio debió presentar sus causales de manera independiente, cabe expresar que la presentación de dos causales de ampliación de plazo en una sola solicitud sería un acto u omisión absolutamente subsanable y no evitaría que la Entidad las tramite y resuelva de manera independiente, por lo que la Entidad pudo requerir al Consorcio que las presente en solicitudes independientes, en caso hubiese considerado que se trataban de dos causales distintas.

En consecuencia, el procedimiento de ampliación de plazo establecido en el artículo 201 del Reglamento debe interpretarse de acuerdo a los principios de Contratación Pública de Equidad y Eficiencia⁶, establecidos en los literales f) y l) del artículo 4 de la Ley. De acuerdo a estos principios, el procedimiento de ampliación de plazo no puede afectar la eficacia de la contratación, es decir, no puede constituir una barrera para el otorgamiento de derechos que harán que la contratación cumpla con su finalidad. En efecto, dicho procedimiento

⁶ f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar los criterios de celeridad, economía y eficacia.



no puede convertirse en un justificante de desequilibrios en las prestaciones de las partes. No es justificable, en ese sentido, realizar una mayor cantidad de trabajo o mayores prestaciones en el mismo tiempo inicialmente pactado, ya que ello constituiría una desproporción que generaría como resultado la ineficacia de la contratación y el incumplimiento del fin de la misma.

Asimismo, el procedimiento de ampliación de plazo establecido en el artículo 201 del Reglamento debe interpretarse de acuerdo a los principios de razonabilidad⁷ e informalismo⁸, establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, para evitar que las normas del procedimiento se conviertan en un obstáculo para la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados.

Por ello, se debe admitir la solicitud presentada y analizar el sustento de la misma por más que en la solicitud se hayan presentado dos causales, ya que el Tribunal Arbitral, en virtud del principio del *iura novit curia* puede calificar, tramitar y resolver la solicitud en función a lo que legalmente corresponda, de conformidad con los principios y normas que rigen la contratación pública.

En vista de que el análisis sobre la procedencia de la ampliación de plazo N° 02 nos ha llevado a la admisión de la solicitud de ampliación de plazo, al considerarse como una solicitud basada en una sola causal, y habiéndose determinado que se cumple con los requisitos de fondo para el otorgamiento de una ampliación de plazo, es decir, que corresponde a atrasos o paralizaciones no imputables al contratista que han afectado la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, corresponde declarar fundada la ampliación de plazo por 210 días calendario.

De los Mayores Gastos Generales

⁷ 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

⁸ 1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.



EL consorcio solicitó el pago de la valorización de mayores gastos generales por S/. 1'081,459.87, correspondientes al periodo de 140 días por la demora en la aprobación del Adicional N° 02, no tomando en cuenta el periodo de 70 días correspondiente a la ejecución misma del Adicional, en tanto el presupuesto adicional de obra contempla su propia partida de gastos generales.

En ese sentido, el artículo 202 del Reglamento⁹ establece que *“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de Gastos Generales Variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos”*.

Conforme se aprecia de la instrumental obrante en autos, denominada Anexo 01 “Ampliación de Plazo Nro. 02: Cálculo de los Gastos Generales por la ampliación de plazo de los 140 días calendarios”, el demandante ha realizado la liquidación de los mismos, en el cual asciende al monto de S/.881,337.07, el cual incluido el impuesto General a las Ventas (S/. 881,337.07 x 18% = S/.158,640.67) nos da la suma de S/.1'039,977.74, suma que debe ser considerada para el pago a favor del Consorcio, toda vez que la actualización de los gastos generales (el cálculo de los índices y el factor de actualización), que se indican en el referido cuadro, son sumas que deberán ser establecidos en la liquidación final de la obra.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera procedente el reconocimiento de mayores gastos generales por 140 días al haberse aprobado la ampliación de plazo N° 02, los cuales conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, asciende a la suma de S/.1'039,977.74 incluido el Impuesto General a las Ventas, sin contabilizar los 70 días de ampliación de plazo correspondientes a la ejecución del adicional de obra porque cuenta con un presupuesto específico. Esta cifra tiene su

Del reconocimiento del costo por equipo improductivo

⁹ Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de Gastos Generales Variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

(...)



Al ser procedente la ampliación de plazo N° 02 por 140 días, resulta procedente también la presente pretensión, en tanto el equipo mínimo ofertado y requerido en las Bases va a permanecer en obra durante dicho periodo (140 días calendario adicionales a los requeridos en las Bases), producto de la ampliación de plazo N° 02, aprobada por la demora en aprobar el adicional N° 02 y la consecuente imposibilidad de ejecutar partidas contractuales.

Dicho costo no se encuentra incluido dentro de la partida de gastos generales por lo que su reconocimiento se hace necesario para preservar el equilibrio económico del Contrato, principio que es definido por Rodríguez Rodríguez¹⁰ como:

"Podemos concluir, entonces, que el principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca."

Dicho equilibrio, de acuerdo a nuestra legislación, se sustenta en el principio de Equidad establecido en el literal l) del Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad, puesto que la misma va a mantener derechos (permanencia de equipos en obra) por un mayor tiempo al contractualmente pactado, generando en el Consorcio un correspondiente empobrecimiento, al asumir una obligación que genera costos adicionales por un mayor tiempo, hecho que no tendría causa justificante.

¹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. "El equilibrio económico en los contratos administrativos". En Revista de Derecho PUCP N° 66, 2011. Pág. 60.



Por ello, y de acuerdo a los principios de Equidad¹¹ establecido en el inciso l) del Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado e Igualdad ante las Cargas Públicas, definido como:

*"Según el principio de igualdad frente a las cargas, todos los ciudadanos deben participar en igualdad de condiciones en el sometimiento del Estado, no siendo jurídicamente aceptable que por actos, hechos o contratos de la administración un particular tenga que soportar más cargas para el funcionamiento del Estado que los demás."*¹²

*"El principio de igualdad frente a las cargas publicas es simplemente se traduce en materia contractual el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, el cual debe ser restablecido en los casos en los que se ha visto alterado por causas ajenas a la parte afectada, y en la medida en que no medie causa jurídica que autorice la vulneración de la equivalencia."*¹³

Corresponde a la Administración reconocer el mayor costo que invertirá el Consorcio en mantener los equipos en obra motivada por la demora de la Entidad en aprobar el Adicional N° 02.

El Principio de Equidad implica además que las prestaciones y los derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad. En efecto, el mayor costo por mantenimiento de equipos en obra que asumirá el Consorcio producto de la ampliación de plazo N° 02 no está contemplado dentro de los Gastos Generales correspondientes. De no reconocerse este mayor costo, se produciría un desequilibrio entre las

¹¹ Artículo 4.-Principios que rigen las Contrataciones.

(...)

l) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

¹² OSPINA BERNAL, Camilo. El Equilibrio económico de los contratos. Cómo lograr la ampliación efectiva, practica, equitativa y transparente de esta institución, en Misión para la contratación: hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, t. I. Departamento Nacional de Planeación, p. 437.

¹³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. La reforma de la Ley de los Contratos del Estado, Madrid, Union Editorial, 1984. P. 101.



prestaciones de las partes en detrimento del Consorcio y en beneficio de la Entidad.

Asimismo, de la revisión de las Cláusulas Segunda¹⁴ y Décima¹⁵ del Contrato se aprecia que el contrato se suscribió por el monto de S/.36'557,423.40 (treinta y seis millones quinientos cincuenta y siete mil cuatrocientos veintitrés con 40/100) nuevos soles, el mismo que comprende entre otros conceptos el costo de equipos, maquinaria y herramientas y todo aquello para la correcta ejecución de la obra hasta su total terminación y entrega, teniendo en consideración un plazo de ejecución de 360 días calendario. En consecuencia, si el plazo de ejecución de obra se amplía debe incrementarse también el presupuesto contractual para cubrir el costo por mantener los equipos en obra fuera del plazo inicialmente pactado.

Por último, cabe expresar que existe una obligación del Contratista en mantener los equipos en obra durante todo el periodo de ejecución. El retiro de los mismos implica necesariamente un incumplimiento del contrato. Por ello, es necesario que se cubra el sobre costo que implicará mantener los equipos en obra por el periodo adicional de 140 días.

Dentro de este orden de ideas, debemos de remitirnos a lo actuado en el proceso, en el cual obra en la demanda presentada por el Consorcio el Anexo Nro. 02 denominado "Valorización de Equipo mínimo por 140 días improductivos implicados en la ampliación de plazo Nro. 02", documento que conforme se aprecia de autos, no ha sido cuestionado por la demandada en cuanto a su contenido y que sirve de base de cálculo al Tribunal Arbitral para

¹⁴ Cláusula Segunda: Objeto y Monto

Por el contrato EL CONTRATISTA se compromete a ejecutar la obra Reparación de los Amarraderos 1^a y 1B incluyendo la Demolición de los Amarraderos 1C y 1D del Terminal Portuario General San Martín, conforme al Expediente Técnico que forma parte integrante del presente contrato, por el monto de S/.36'557,423.40 (treinta y seis millones quinientos cincuenta y siete mil cuatrocientos veintitrés con 40/100 nuevos soles), incluido el Impuesto General a las Ventas.

Este monto comprende la mano de obra y cumplimiento de la normativa laboral, pagos a entidades de seguridad social, SENCICO, costo de equipos, maquinaria, herramientas, materiales, fletes, seguros e impuestos; protección y mantenimiento de la obra durante el periodo de construcción y hasta la entrega de la misma, dirección técnica, gastos generales, utilidad y todo aquello que sea necesario para la ejecución correcta de la obra hasta su total terminación y entrega.

¹⁵ Cláusula Décima: Plazos

(...)

10.2. Inicio y Término del Plazo de Ejecución

El contratista se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo de trescientos sesenta (360) días calendario (...).



determinar el mismo. Así tenemos que el Consorcio demandante realiza el detalle de los equipos implicados en la referida ampliación de plazo Nro. 02 y solamente por el plazo de 140 días calendario, conforme a las conclusiones arribadas por el Tribunal Arbitral.

Teniendo en cuenta ello el Tribunal Arbitral establece que debe considerarse la suma de S/.2'791,622.48 incluido el Impuesto General a las Ventas, como monto a abonar por parte de la entidad demandada, en concepto de costo por equipo improductivo por 140 días calendario.

Respecto de los 70 días de ampliación de plazo, derivada de la ejecución del adicional N° 02, no corresponde que la Entidad asuma dicho costo en tanto el presupuesto adicional tiene partidas que contemplan el mismo.

8.1.2. DE LA APROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO POR 54 DIAS, RECONOCIMIENTO DE GASTOS GENERALES Y COSTO DE EQUIPO IMPRODUCTIVO

El Consorcio solicita como segunda pretensión que se otorgue una ampliación de plazo de 54 días calendario, así como el pago de mayores gastos generales por S/. 417,134.52 (cuatrocientos diecisiete mil ciento treinta y cuatro con 52/100 nuevos soles) y el costo de equipo improductivo por S/. 677,710.63 (seiscientos setenta y siete mil setecientos diez con 63/100 nuevos soles).

En ese sentido, se debe evaluar, en primer lugar, la procedencia de la ampliación de plazo N° 04, y en segundo lugar, los fundamentos que sustenten su aprobación para finalmente apreciar si corresponde considerar los gastos generales y el costo por equipo improductivo.

En efecto, el Consorcio solicita Ampliación de Plazo por 54 días calendario, la misma que tiene como sustento la demora por parte de la Entidad en autorizar la ejecución del adicional N° 03 – de Protección Catódica. Dicha solicitud se presentó en la Carta N° 053-2011-CPSM de fecha 28 de abril de 2011 y se sustenta en el periodo desde que se debió iniciar la partida de Protección Catódica (13.11.2010) hasta que la entidad modificó dicha partida en virtud del adicional N° 03 mediante Oficio N° 318-2011 ENAPUSA/GG, del 15 de abril del 2011, cuantificándose en 152 días calendario de ampliación de plazo, la misma que se disminuye a 54 días calendario debido al traslape con la causal



de demora en la aprobación del Adicional N° 02, detallado en el primer petitorio.

La causal corresponde a "Atrasos o paralizaciones de obra por causas no imputables al contratista", establecidas en el numeral 1 del artículo 200 del Reglamento. Asimismo, se complementa en el hecho que se produjo demora de la Entidad en emitir la Resolución de aprobación de las prestaciones adicionales por lo que, según lo establecido en el artículo 207 del Reglamento, correspondería el otorgamiento de una ampliación de plazo.

Del procedimiento de ampliación de plazo N° 04

La presente pretensión deriva de la solicitud de ampliación de plazo N° 04 por 152 días calendario presentada por el Consorcio, fundamentada en la demora de la Entidad en la aprobación del Adicional N° 03 – Protección Catódica la misma que fue denegada por la Entidad.

En primer lugar, se debe determinar si el Contratista siguió el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

En ese sentido, mediante Carta N° 053-2011-CPSM de fecha 28 de abril de 2011, se aprecia que el Consorcio presentó su solicitud de ampliación de plazo N° 04, sustentando la misma en el periodo desde que se debió iniciar la partida de Protección Catódica (13.11.2010) hasta que la entidad modificó dicha partida en virtud del adicional N° 03 mediante Oficio N° 318-2011 ENAPUSA/GG, del 15 de abril del 2011, lo cual, en opinión del Consorcio generó un atraso en la ejecución de la obra por causas no imputables al contratista.

El Consorcio, mediante Carta N° 053-2011-CPSM del 28 de abril de 2011, solicitó la ampliación de plazo N° 04 por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista, dentro del plazo de caducidad establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Por lo tanto, el procedimiento de solicitud de ampliación de plazo se realizó dentro del plazo establecido en el artículo 201 del Reglamento.

Sin embargo, para que una ampliación de plazo resulte procedente, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 201 del Reglamento, el contratista debe cumplir adicionalmente con otros requisitos como (1) Anotar en el cuaderno de



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 22 de 29



obra, las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo, por intermedio de su residente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal; y (2) Siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

Como primer punto de análisis, se observa que el contratista anotó en el cuaderno de obra, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, hechos que sustentan su ampliación de plazo N° 4 tales como la necesidad de aprobación de adicional N° 3 por deficiencia en el Expediente técnico relativo a la partida protección catódica, la demora en la absolución de consultas para la aprobación de dicho adicional, entre otros; hechos que sustentan la ampliación de plazo requerida.

De acuerdo al segundo punto de análisis, es preciso determinar si la demora ha afectado la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y si el plazo adicional resulta necesario para culminar la obra.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado define a la Ruta Crítica como "La secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra" (el Subrayado es nuestro). En consecuencia, no cualquier atraso o modificación del cronograma contractual implicará una ruptura de la ruta crítica y otorgará necesariamente una ampliación de plazo. Para ello la afectación del cronograma contractual vigente debe generar que la afectación de las partidas afectadas se extienda más allá de la fecha de término contractual.

De acuerdo a lo expresado y según lo establecido en el cronograma de ejecución vigente, la partida de protección catódica debía ejecutarse en 40 días calendario, durante el periodo del 13 de noviembre de 2010 al 25 de febrero de 2011. Sin embargo, debido a la aprobación del adicional N° 03 y a los mayores trabajos que implica, el plazo de ejecución se extendió a 65 días calendario. Y, teniendo en cuenta que la aprobación del adicional N° 03 fue notificada al Consorcio el 15 de abril de 2011, el periodo de ejecución del adicional N° 03 se extiende desde el 16 de abril hasta el 28 de julio de 2011.



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 23 de 29



En conclusión, si bien el cronograma de ejecución de obra se ha modificado debido al atraso, no se ha afectado la fecha de término contractual y por lo tanto la ruta crítica no se ha visto afectada.

Por otro lado, la supervisión expresó que no procede la ampliación de plazo por la partida de revestimiento de tensores y losas de aproximación, porque el Residente de obra no realizó las anotaciones en el cuaderno de obra que amerite una ampliación de plazo. Ante ello cabe expresar que de acuerdo al cronograma de ejecución del adicional N° 03 dichas partidas se pueden ejecutar paralelamente a la partida de protección catódica y no involucran un mayor plazo. Por lo tanto, si bien modifican el cronograma de ejecución de obra vigente, no afectan la ruta crítica ni afectan la fecha de término contractual.

Asimismo, cabe precisar que el Consorcio no ha probado la afectación de la ruta crítica, simplemente se limitó a probar el atraso en la aprobación del adicional N° 03, cuestión que por sí sola, como se expresara anteriormente, no genera el derecho a la ampliación de plazo.

En consecuencia, la ampliación de plazo en cuestión resulta improcedente, correspondiendo declarar infundada la segunda pretensión del Consorcio.

Del reconocimiento de mayores gastos generales.

Como la ampliación de plazo resulta improcedente, correspondientemente, no procede el reconocimiento de gastos generales.

Del costo por equipo improductivo.

Del mismo modo, no procede el reconocimiento del costo por equipo improductivo debido a que no van a permanecer los mismos en obra por un mayor tiempo al establecido.

8.1.3. DEL PAGO DE LA PARTIDA "DEMOLICION DE TAPONES DE GANCHO DE LOSETONES HEXAGONALES"



Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Página 24 de 29



Como tercera pretensión, el Consorcio solicita que se le pague la partida de "Demolición de Tapones de gancho de losetones Hexagonales", presentada dentro del adicional N° 03, por el monto de S/. 185,684.48, incluido IGV.

Cabe expresar que mediante esta pretensión el Consorcio estaría solicitando que el Tribunal Arbitral apruebe, indirectamente, la partida adicional de obra correspondiente a la "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales", que fuera denegada por la Entidad, cuestión que a todas luces resulta fuera de la competencia del Tribunal, de acuerdo al artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

(...)

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."

El Consorcio expresa como argumento a favor del reconocimiento de la referida partida que como el supervisor de obra firmó el acta de pactación de precios en la cual se determinaba el precio por la "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales", debería considerársele dicho monto. Sin embargo, de acuerdo al artículo 207 del Reglamento es el Titular de la Entidad el competente para aprobar una partida adicional y no el Supervisor de obra¹⁶.

Asimismo, el Consorcio sostiene que como el sistema de contratación de la obra corresponde al Sistema de Precios Unitarios, la Entidad debe pagar por todo trabajo ejecutado, en este caso la partida "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales", considerada por el Consorcio como adicional de obra. Ante ello, el Tribunal Arbitral considera que ya existe una partida que contempla el trabajo de demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales, como se expresará más adelante. Cabe aclarar que el Sistema de Precios Unitarios no le da el derecho al Consorcio de crear una nueva partida o sub partida para un trabajo ya contemplado en otras, por lo que dicha pretensión no resulta amparable.

¹⁶ Artículo 207.- Obras adicionales menores al quince por ciento (15%)
Solo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad (...).



Por otro lado, regresando a la falta de competencia de los árbitros para resolver este punto, cabe expresar que si bien el Tribunal Arbitral carece de competencia para aprobar una partida adicional, corresponde precisar que si puede determinar si corresponde el pago por trabajos ejecutados y no reconocidos, tomando en cuenta el principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa, la conducta de las partes y los parámetros establecidos por la buena fe en la ejecución de los contratos.

En ese sentido, para evaluar la procedencia del pago de la partida referida, cabe expresar que el Expediente Técnico, al detallar la partida 15.01 - "Retiro de pavimento de concreto", expresa que *"Dicha partida comprende el retiro del pavimento de losetones de concreto, teniendo cuidado de recuperar la totalidad de las piezas, para su posterior reposición (...) Asimismo, se expresa que el pago de esta partida será de acuerdo a la unidad de medición y constituirá compensación completa por los trabajos descritos incluyendo mano de obra, leyes sociales, materiales, equipos, imprevistos y en general todo lo necesario para completar la partida".*

Es claro pues que la oferta del Consorcio debió contemplar todos los costos necesarios para ejecutar la partida 15.01. - "Retiro de pavimento de concreto" e incluirlos dentro de su oferta, debiendo incluir el Costo por "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales", ya que, según lo expresado en el Expediente Técnico, el mismo está incluido en la partida 15.01. Por ello, resulta ilegal, en tanto dicha partida no constituye un adicional de obra, y anti técnico, que implicaría una doble percepción por un mismo trabajo, que se pretenda la aprobación de un Adicional de Obra por partidas que ya estaban contempladas y regulados en el expediente técnico y que debieron ser previstas por el Consorcio al momento de plantear su oferta.

Adicionalmente, cabe expresar que ante la solicitud del Consorcio de la partida "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales" como Adicional de Obra, la Entidad, mediante Carta N° 081-2011 ENAPU S.A./GIM del 14 de marzo de 2011, solicitó al Proyectista que emitiera opinión respecto a la posibilidad de considerarla como adicional de obra. Sin embargo, mediante carta C.GCAQ.213/11 del 23 de marzo de 2011, el Proyectista emitió opinión respecto de que el picado localizado para descubrir los ganchos de izaje no



Laudo Arbitral Nacional de Derechos

Página 26 de 29



debería constituir un adicional de obra, ya que es una condición necesaria para la realización de la actividad de retiro y acarreo de losetones hexagonales con grúa, y debería estar considerado necesariamente en la propuesta del contratista.

Por otro lado, tampoco sería procedente requerir esta pretensión a través de la figura del enriquecimiento sin causa¹⁷, principio detallado en el artículo 1954 del Código Civil, debido a que, de acuerdo a lo analizado, el Expediente Técnico - que forma parte del contrato- el contratista debió incluir dicho costo dentro de su oferta en el precio unitario para la partida "Retiro de pavimento de concreto".

Asimismo, el expediente técnico se inclina por el principio del riesgo y ventura para la determinación del Riesgo para la partida 15.01. "Retiro de Pavimento de concreto".

Esta última partida expresa, literalmente, que *"el pago de esta partida será de acuerdo a la unidad de medición y constituirá compensación completa por los trabajos descritos incluyendo mano de obra, leyes sociales, materiales, equipos, imprevistos y en general todo lo necesario para completar la partida".* Ello implica que, al momento de realizar la oferta, el Consorcio debió tomar en cuenta todos los costos necesarios para la ejecución de la respectiva partida, justificando este hecho el posible enriquecimiento de la entidad.

El principio de riesgo y ventura es una excepción al principio de equilibrio económico del contrato y básicamente implica que el contratista asume el riesgo por los mayores costos de la obra, en palabras de García de Enterría¹⁸, *"como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume la mayor (Riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar la obtención del resultado; lo único que importa es el resultado"*.

En suma, de acuerdo a lo expresado en el Expediente técnico respecto a la partida 15.01 y a lo expresado por el Proyectista, el pago por la partida "Demolición de tapones de gancho de losetones hexagonales" no es

¹⁷ Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I. Decimo Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 749.

procedente debido a que dicho monto debió considerarse en la oferta del contratista, específicamente en el presupuesto de la partida 15.01 referida al "Retiro de pavimento de Concreto".

Por las razones expuestas, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, el Tribunal Arbitral resuelve:

FALLO:

PRIMERO.- Se declara FUNDADA la pretensión contenida en la demanda referida a la ampliación de plazo por 210 días calendario; FUNDADA EN PARTE la pretensión contenida en la demanda en el extremo de los gastos generales, debiendo la entidad abonar a favor del Consorcio los gastos generales por 140 días calendario, ascendentes a la suma de S/.1'039,977.74, teniendo en cuenta que la actualización de dicho gasto general se establecerá en la liquidación final de la obra; FUNDADA la pretensión contenida en la demanda en el extremo de equipo improductivo, debiendo abonar la entidad demandada por éste concepto y por el plazo de 140 días calendario, el monto de S/.2'791,622.48 incluido el Impuesto General a las Ventas.

SEGUNDO.- Se declara INFUNDADA la segunda pretensión de la demandante consistente en la ampliación de plazo por 54 días calendario, así como el derecho de pago de gastos generales por dicha ampliación y equipo improductivo.


TERCERO.- Se declara INFUNDADA la tercera pretensión de la demandante consistente en el pago de S/. 185,684.48 por la partida "demolición de tapones de gancho de rosetones hexagonales".

Notifíquese a las partes.-

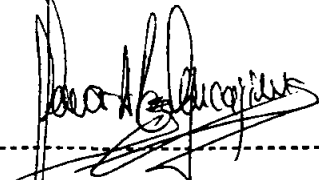

Dr. Christian Stein Cárdenas
Presidente del Tribunal Arbitral

Laudo Arbitral Nacional de Derecho






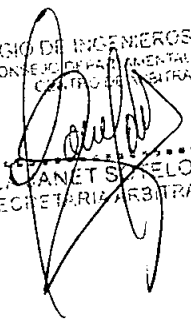
Dr. Mario Linares Jara
Árbitro



Dr. Marco Paz Ancajima
Árbitro



COLEGIO DE INGENIEROS DEL PERU
CONSEJO DEPARTAMENTAL DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE



FABIOLA JANET SOTELO SOTO
SECRETARIA ARBITRAL

