

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Análisis del Caso Arbitral N° 2728-2013-CCL: Deficiencias en la motivación del Laudo y las repercusiones al Equilibrio Económico Financiero del Contrato N° 022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, por causas imputables a La Entidad.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Que presenta:

David Andrés Mayorga De La Cuba

ASESOR:

Dr. Christian Cesar Chocano Davis

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Análisis del Caso Arbitral N° 2728-2013-CCL: Deficiencias en la motivación del Laudo y las repercusiones al Equilibrio Económico Financiero del Contrato N°022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, por causas imputables a La Entidad.”, del autor David Andrés Mayorga De La Cuba, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 07 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR	
DNI: 40988780	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la controversia suscitada entre el Gobierno Regional del Callao y el Consorcio Nueva Gambetta, la cual fue resuelta en el proceso arbitral N° 2728-2013-CCL.

El argumento principal del Consorcio (demandante) se basó en que por razones imputables al Gobierno Regional del Callao (demandado), hubo atrasos en la ejecución de obras, generando una modificación en el plazo contractual y, por lo tanto, consecuencias en el aspecto económico del Contrato. Es así que, se presentan cinco pretensiones, siendo la cuarta sobre el pago de los Costos Directos que se habrían computado por la inactividad y/o paralización de equipos empleados en obra, a raíz de que la Entidad no entregó los terrenos en los que se realizaría la obra, liberados, sin interferencias y de acuerdo al plazo pactado en el Contrato.

A partir de ello, se analizan las cláusulas del Contrato, la metodología para el cálculo de los Costos Directos, la regulación de este concepto en la Ley de Contrataciones aplicable, así como de las posteriores modificaciones hasta la fecha. De igual manera, se estudia la preservación del Equilibrio Económico Financiero del Contrato, el respeto al Principio de Equidad, la modificación a la figura de la entrega parcial de terrenos y el sistema de contratación elegido.

Finalmente, el trabajo concluye que el deber de motivación en el laudo es imprescindible para fundamentar las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral y con ello, evitar que se generen causales de anulación de laudo.

Palabras clave

Costos directos – Arbitraje – Contrato a Suma alzada – Equilibrio económico financiero – Ley de Contrataciones y Reglamento.

ABSTRACT

This paper analyses the controversy between the Regional Government of Callao and the Nueva Gambetta Consortium, which was resolved in arbitration process No. 2728-2013-CCL.

The main argument of the Consortium (plaintiff) was based on the fact that, due to the Regional Government of Callao's (defendant) attributable reasons, there were delays in the execution of works, resulting in a modification of the contractual deadline and, therefore, economic consequences under the Contract. As a result, five claims are presented, with the fourth one concerning the payment of Direct Costs that would have been incurred due to the inactivity and/or immobilization of equipment used in the project, as a result of the Entity not delivering the lands where the works would take place, cleared, without interference, and according to the agreed deadline in the Contract.

Based on this, the clauses of the Contract, the methodology for calculating Direct Costs, the regulation of this concept in the applicable Contracting Law, as well as subsequent amendments up to the date, are analysed. Likewise, the preservation of the Economic and Financial Equilibrium of the Contract, respect for the Principle of Equity, the modification to the partial delivery of lands, and the chosen contracting system are studied.

Finally, the paper concludes that the duty of motivation in the arbitral award is essential to substantiate the decisions made by the Arbitral Tribunal and thereby prevent grounds for annulment of the award.

Keywords

Direct Costs – Arbitration – Lump Sum Contract - Financial economic balance – Procurement Law

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	0
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Justificación de la elección de la resolución	1
1.2. Presentación del caso y análisis.....	2
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	4
2.1. Antecedentes.....	4
2.2. Hechos relevantes del caso.....	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	14
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	51
ANEXOS.....	53

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	N.º E-2677 CONSORCIO NUEVA GAMBETTA vs GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo /Contratación Pública / Arbitraje
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ol style="list-style-type: none">1. Laudo Arbitral de Derecho (resolución N.º 21 del proceso arbitral N.º 2728-2013-CCL) expedido por José Talavera Herrera, Elio Otiniano Sánchez y Rony Salazar Martínez2. Resolución N.º 24 del proceso arbitral N.º 2728-2013-CCL donde se resuelven los pedidos de rectificación e interpretación del Gobierno Regional del Callao3. Resolución N.º 8 del Expediente N.º 71-2016-0—1817-SP-CO-02 donde se resuelve como infundada la demanda de anulación de laudo arbitral presentada por el Consorcio Nueva Gambetta
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Consorcio Nueva Gambetta
DEMANDADO/DENUNCIADO	Gobierno Regional del Callao
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Arbitral compuesto por José Talavera Herrera, Elio Otiniano Sánchez y Rony Salazar Martínez / posteriormente Poder Judicial mediante

	la Sala Civil con subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima
TERCEROS	NO
OTROS	NO

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La contratación pública supone un conjunto de normas y procedimientos mediante los cuales se busca que el Estado obtenga bienes, servicios o ejecute obras por parte de terceros, que le permitan, a su vez, cumplir con sus objetivos. Se replica en todas las entidades públicas que finalmente se ve perfeccionado mediante la figura del contrato administrativo.

La materia de contratación pública en el país es relativamente joven, puesto que hasta 1998 no existía una ley específica que la regulara, había diferentes normas que ejercían sus efectos de forma aislada, sin que estuviesen articuladas unas con otras. Sin embargo, con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de ese año, es que a partir de ella se empieza a construir de forma ordenada y concentrada un Derecho de la Contratación Pública en nuestro país.

Ahora bien, debido a diversos factores la relación contractual entre el Estado y los terceros particulares puede verse afectada, lo que a su vez tiene efectos en los objetivos pactados. Es así que, como alternativa a la instancia judicial, surgen los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC), siendo el de mayor relevancia, la figura del arbitraje.

Habiendo dicho esto, debemos precisar que la razón de haberse inclinado por este expediente, radica en que nos permite discutir tópicos muy importantes en el arbitraje de contrataciones del Estado, los cuales son los siguientes: la preservación del equilibrio económico financiero y del Principio de equidad en una ejecución contractual de acuerdo a los hechos suscitados en el caso, así

como la petición del CONSORCIO por el reconocimiento de los costos directos incurridos y el tratamiento de este tema por parte del Tribunal Arbitral.

Así pues, los temas mencionados nos permiten profundizar en problemáticas que se presentan constantemente en la casuística de la contratación pública, por lo que la relevancia en la práctica real también es un factor que el presente expediente cumple, ya que a través de este se podrán discutir dichos temas. Los vínculos entre la contratación pública y arbitraje, el estudio de los principios de la contratación pública, con especial énfasis en el principio de equidad y la necesidad de un análisis preciso sobre ampliaciones de plazo y el reconocimiento de costos directos, denotan la relevancia de este caso arbitral.

Finalmente, la evolución de la normativa aplicable a la presente controversia es otro aspecto que se tuvo en cuenta para la elección de este expediente, puesto que el estudio de la normativa que regulaba los conflictos jurídicos en ese entonces hasta la ley actual de contrataciones, demuestra la evolución del criterio del legislador y la intención de mejorar la calidad de normas en materia de contratación pública.

1.2. Presentación del caso y análisis

El presente expediente gira en torno a la controversia suscitada entre el Consorcio Nueva Gambetta y el Gobierno Regional del Callao. El Consorcio ganó la licitación pública internacional – PER/09/69161/1146 para la Elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo y Ejecución de Obra del Proyecto: “Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta – Callao” Primera etapa que incluye el tramo de acceso al Terminal Marítimo del Callao por el Muelle Sur, que comprende los tramos I, II, III, IV y V descritos en el Estudio de Factibilidad aprobado por el MTC y el MEF.

Debido a causales no imputables ha dicho Consorcio, es que el Cronograma de Avance de Obra se ve afectado, por lo que se empiezan a solicitar diferentes ampliaciones de plazo que permitan cumplir con lo pactado en Contrato. Sin

embargo, el conflicto escaló y derivó en una demanda arbitral que concluye con un Laudo, el cual concedió parcialmente la petición de costos directos.

Al respecto, se detectó un problema principal: si es que los Costos Directos cumplieron con todos los requisitos del marco contractual, si fueron calculados correctamente o si hubo una afectación a derechos fundamentales del CONSORCIO, que a su vez significaron una vulneración al equilibrio económico financiero del contrato. Mientras que el primer problema secundario identificado es acerca de la falta de regulación respecto de la entrega parcial de terrenos en la normativa de la Ley de Contrataciones y reglamento aplicables. Finalmente, en el segundo problema secundario, se identificó la posible contradicción entre el sistema de contratación a suma alzada y las modificaciones al contrato y su precio, mediante ampliaciones de plazo.

Nuestra posición es que sí se configuran los Costos Directos debido a la entrega tardía de los terrenos al ser una responsabilidad de LA ENTIDAD, pero que a la suma consignada por el Tribunal se aplicaron 2 descuentos que no se fundamentaron, vulnerando derechos fundamentales de defensa y debido proceso por una motivación prácticamente inexistente. A su vez, esto originó una afectación al equilibrio económico financiero, del contrato puesto que no se respetó el principio de equidad contemplado en la Ley de Contrataciones aplicable.

Sobre la falta de regulación en cuanto a la figura de la entrega de terrenos, se detectó que es una falencia arrastrada desde la primera versión de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1997 y que en años recientes fue finalmente regulada. Finalmente, sobre la suma alzada, debemos mencionar que no hay una contradicción entre esta y las modificaciones del contrato mediante ampliaciones de plazo, más aún si es que las razones de ello fueron por causas imputables a LA ENTIDAD y se realiza en aras de preservar el equilibrio económico financiero del contrato.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

Bajo el marco de un Memorándum de acuerdo suscrito entre el PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) y el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, se pactó una serie de servicios, uno administrativo y otro de apoyo que serían realizados por la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS DE SERVICIOS DE PROYECTOS (UNOPS).

Es así que se encargó a la UNOPS la gestión de la licitación pública internacional – PER/09/69161/1146 para elegir a la empresa responsable de la Elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo y Ejecución de Obra del Proyecto: “Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta – Callao”, Primera etapa que incluye el tramo de acceso al Terminal Marítimo del Callao por el Muelle Sur, que comprende los tramos I, II, III, IV y V descritos en el Estudio de Factibilidad aprobado por el MTC y el MEF.

De dicho proyecto, al haber sido solicitada por el GORE CALLAO, nació el Contrato N° 022-2010 – GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO que regula el proceso de Elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo y Ejecución de Obra del Proyecto: “Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta – Callao”. Este documento es suscrito por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO (en adelante GORE CALLAO o LA ENTIDAD), representado por el Gerente Regional de Infraestructura Ing. Hernán Tejada Salinas, y el CONSORCIO NUEVA GAMBETTA (en adelante EL CONSORCIO), conformado por CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A. SUCURSAL DEL PERU, representada por el Sr. Edgar Ricardo Bernardo Unzueta Zegarra y por CONSTRUTORA QUEIROZ GALVAO S.A. SUCURSAL DEL PERU, representada a su vez por el Sr. Oscar Javier Rosas Villanueva.

De este contrato que fue suscrito el 20 de agosto de 2010 y cuyo objeto fue la realización del mencionado proyecto, se originaron diversos problemas que desembocaron en controversias, las cuales fueron elevadas a un Tribunal Arbitral y el cual las resolvió.

2.2. Hechos relevantes del caso

La Cláusula 4 del contrato señalaba que el plazo de ejecución contractual era de 840 días calendario, 120 días para la elaboración del Expediente Técnico del Estudio Definitivo y 720 días para la ejecución de obra. Asimismo, Las partes establecieron que, para poder dar inicio parcial a la ejecución de la obra, GORE Callao debía como mínimo y entre otros, cumplir con lo dispuesto en el citado literal c) del numeral 4.2.1 de la Cláusula cuarta que a la letra señala: “Que la región entregue al Contratista el terreno o lugar donde se ejecutará la obra saneado física y legalmente, libre de todo tipo de interferencias por servicios públicos”.

Sin embargo, ello no se logró debido a la imposibilidad del GORE Callao en sanear y liberar el terreno. Entonces, habiéndose formulado el CAO (Cronograma de Avance de Obra) en función al supuesto de terrenos libres, esto ya no era en base a la realidad y por lo tanto correspondía modificarlo. Por tal motivo, el nuevo calendario de avance de obra consideraba las fechas de entregas parciales de terreno, acorde a la nueva secuencia constructiva de obra.

No obstante, pese a las previsiones adoptadas, las entregas parciales no se realizaron en las nuevas fechas pactadas

A raíz de los conflictos originados, El Contratista formula la ampliación de Plazo N° 01, 02, 03, 04 y 05 con diferentes respuestas por parte de la Entidad, pero que, para efectos del presente trabajo, no entraremos en detalle.

Se formula la solicitud de Ampliación de Plazo N° 06 del 11/09/13 por 42 días calendario, así como el reconocimiento de Mayores Gastos Generales y Costos Directos, siendo declarado procedente en parte por 34 días calendario mediante la Resolución N° 1164-2013-GRC-GGR.

Se presenta la solicitud de Ampliación de Plazo N° 07 del 02/09/13 por 65 días calendario, así como el reconocimiento de MGG y CD, siendo declarada improcedente el 18/10/13.

Se formula la solicitud de ampliación de plazo N° 8 del 15/11/13 por 45 días calendario así como el reconocimiento de los Mayores Gastos Generales y Costos Directos, debido a la no entrega del Terreno; Vía principal del lado izquierdo, sector: del Km 22+925 al Km 234+043 en la fecha prevista (15.07.13) según el calendario de Avance de Obra (CAO) vigente”, que fue declarada como improcedente mediante Resolución General Gerencial Regional N° 1347-2013-Gobierno Regional del Callao-GGR del 31/11/13.

Se formula solicitud N° 09 del 13/12/13 por 63 días calendario, así como reconocimiento de Mayores Gastos Generales y Costos Directos, debido a “la entrega tardía y segmentada del terreno del Tramo V – Sub tramo 3 de la Vía Principal -Lado Derecho, sector del Km 1+000 al 1+700, en fecha posterior a la prevista en el Calendario de Avance de Obra (CAO) vigente” siendo parcialmente concedida por 62 días calendario el 02 de enero de 2014 mediante resolución de Gerencia General Regional N° 001-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR, de fecha 02/01/14.

Se presenta solicitud de ampliación de plazo N° 10 del 19/12/13 por 78 días calendario, reconocimiento de Mayores Gastos Generales y Costos Directos, debido a la “entrega tardía de los Sectores del Km. 22+900 al 22+925 y Km. 23+043 al Km. 23+205 de la Vía Principal del lado izquierdo”, la cual fue parcialmente concedida mediante Resolución de Gerencial General Regional N° 005.1-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR, de fecha 06/01/2014.

Se formula solicitud de ampliación de plazo N°11 del 27/12/13, por causas no atribuibles al CONSORCIO, generadas por la “No entrega del terreno Km. 01+700 al Km. 02+740 Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en la fecha prevista en el CAO vigente, así como por la aprobación de la prestación Adicional N° 6 mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 000578 de fecha 13 de diciembre de 2013”. Tal solicitud fue declarada improcedente el 13/01/14 mediante resolución Gerencial Regional N° 0050-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 13 de enero de 2014.

Se presenta solicitud de ampliación de plazo N° 12 del 06/02/14 por causas no atribuibles al contratista, en base a la “no entrega del terreno Km. 01+700 al Km. 02+740 Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en la fecha prevista en el CAO vigente, desde el inicio de la afectación hasta la fecha en que finalmente se hizo entrega total del terreno mediante Acta Complementaria al Acta de entrega de Terreno Parcial N° 69 de fecha 23/01/2014. Tal solicitud fue declarada como improcedente el 21/02/14 mediante resolución Gerencial General Regional N° 330-2014-Gobierno Regional del Callo-GGR.

A raíz del conflicto surgido por las ampliaciones de plazo y sus denegatorias, el 31 de marzo de 2014 se instala el Tribunal Arbitral que resolverá las controversias presentadas durante el proceso arbitral. Y es el 30 de abril que se presenta la demanda arbitral, mientras que la contestación se presenta el 06 de junio de 2014.

La primera pretensión principal es que se reconozca y se otorgue al CONSORCIO la ampliación de plazo N° 12 solicitada por Carta N° 064.14.MNG-OBRA.01.03.03 de fecha 07 de febrero de 2014. La segunda pretensión principal es que se reconozca y otorgue a favor del CONSORCIO la suma de S/ 2'144,111.79 Soles por concepto de Mayores Gastos Generales Variables – Obra Principal. La tercera pretensión principal demanda el reconocimiento a favor del CONSORCIO los Mayores Gastos Generales Variables-Presupuesto Adicional 04 la suma de S/ 703,844.34 Soles más IGV e intereses moratorios con la tasa de interés legal correspondiente.

Finalmente, se demanda la cuarta pretensión principal en la que se reconozca y se ordene al GORE CALLAO pagar al CONSORCIO por los costos directos incurridos la cantidad de S/ 4'295,777.67 más el IGV y los intereses moratorios con la tasa de interés legal correspondiente.

En el escrito de contestación de demanda se aduce que EL CONSORCIO no puede utilizar como argumento los retrasos de entrega de terrenos, ya que, teniendo experiencia al respecto, pudo haberlo previsto. Asimismo, señala que

EL CONSORCIO no habría cumplido con sus obligaciones contractuales específicamente pactadas y previstas en el contrato.

A su vez, señalan ambas partes procesales admiten que por acuerdo de ambas se dio inicio a la ejecución parcial del Contrato de Obra, pues, tanto EL CONSORCIO como el GORE CALLAO, conocían las virtudes y los riesgos que entrañaban la ejecución contractual. Por tal motivo, EL GORE CALLAO se pronuncia respecto de las solicitudes de ampliación de plazo N° 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12.

En cuanto a la ampliación de plazo N° 06, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 1164-2013-Gobierno Regional del Callao-GGR, se concede la ampliación de plazo por 34 días calendario y el monto de S/ 2'688.965.88 que se encuentra desagregado en S/ 2'082.851.45 soles por concepto de Mayores Gastos Generales Variables y S/ 605,844.43 por costo de posesión de maquinaria.

Sobre la ampliación de plazo N° 07, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 1282-2013-Gobierno Regional del Callao-GGR se declara improcedente al adolecer dicha solicitud en el incumplimiento de los requisitos de forma, dispuestos en la cláusula 4.3 del Contrato.

Respecto de la ampliación de plazo N° 08, mediante Resolución Gerencial General Regional N°1347-2013-GRC se declara como improcedente debido a que, según informe legal, EL CONSORCIO no sustentó y cuantificó correctamente la solicitud de ampliación de plazo.

Continuando con la ampliación de plazo N° 09, mediante la Resolución Gerencial General Regional N° 001-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR del 02/01/14, la entidad declaró procedente en parte esta solicitud, otorgando 62 días calendario y reconociendo S/ 4'658,594.60 soles que a su vez se encuentra desarmado o desagregado en S/ 3'798,140.87 por concepto de Mayores Gastos Generales Variables y S/ 860,453.73 por concepto de Costos Directos.

En cuanto a la ampliación de plazo N° 10, mediante la Resolución de Gerencia General Regional N° 005.1-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR del 06/01/14 EL GORE CALLAO declaró como procedente en parte la solicitud otorgando 14 días calendario y reconociendo el monto de /.1'385,755.01, que se encuentra desagregado en S/ S/. 857,644.71 por Gastos Generales Variables y S/. 528,110.30 por Costos Directos.

Respecto de la ampliación de Plazo N° 11, es a través de la Resolución Gerencial General Regional N° 050-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR que LA ENTIDAD la declara como improcedente al no haber cumplido con los requisitos de forma establecidos en el Contrato.

Finalmente, en la ampliación de plazo N° 12 mediante la Resolución Gerencial General Regional N° 330-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR, se declara como improcedente debido a que EL CONSORCIO no señaló exactamente la razón de los atrasos, dándose estos debido a la problemática social surgida con los operadores logísticos del sector señalado. Entonces, al haber invocado un hecho incorrecto, devino en improcedente.

Se da la audiencia de determinación de cuestiones controvertidas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral, el 30 de junio de 2014, donde se consignaron las materias de pronunciamiento. Y el laudo es emitido mediante resolución N° 21 de fecha 01 de diciembre de 2015 donde se declaran fundadas la mayoría de las pretensiones del CONSORCIO.

Para efectos del laudo, fue importante cuantificar los costos directos que el CONSORCIO demandaba, de ello tenemos lo siguiente:

- (Primer pedido) En la solicitud de ampliación de plazo N° 06 se reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del sector 4-2, comprendido entre las progresivas del Km. 24+300 al Km. 25+000. El monto exigido es de S/ 759,985.77 (setecientos cincuenta y nueve mil novecientos ochenta y cinco con 77/100 soles).

- (Segundo pedido) En la solicitud de ampliación de plazo N° 10 donde se reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700. El monto exigido es de S/ 222,202.43 (doscientos veintidós mil doscientos dos con 43/100 soles).
- (Tercer pedido) En la solicitud de ampliación de plazo N° 09 se reclamaron los Mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del Tramo V – sub tramo 3 de la Vía Principal, lado derecho entre las progresivas del Km. 1+000 al Km. 1+700. El monto exigido es de S/ 1'109,087.09 (un millón ciento nueve mil ochenta y siete con 09/100 soles).
- (Cuarto pedido) En la solicitud de ampliación de plazo N° 12 se reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V. El monto exigido por EL CONSORCIO es de 2'204,502.38 (dos millones doscientos cuatro mil quinientos dos con 38/100 soles).

En el Tribunal Arbitral, se resuelve ante todo el primer punto controvertido que era la reconvención formulada por el GORE CALLAO respecto de la cláusula 4.2.1 del Contrato y si su último párrafo era congruente con el sistema de contratación (suma alzada) y las bases del contrato. El Tribunal sentencia en este apartado que el razonamiento del GORE CALLAO es erróneo, toda vez que el contrato sí contemplaba la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución y por ende el reconocimiento de costos directos, por lo que la reconvención es desestimada.

Por otro lado, declara fundada la primera pretensión principal del CONSORCIO y por ello se le concede la Ampliación de Plazo N° 12 por 35 días calendario. En cuanto a la segunda pretensión principal, se declara fundada y se ordena al GORE CALLAO pague al CONSORCIO la suma de S/ 2'144,111.79 más los intereses moratorios con la tasa de interés legal correspondiente.

A su vez, se declara como improcedente la tercera pretensión principal del CONSORCIO, se declara fundada en parte la cuarta pretensión principal

formulada por EL CONSORCIO, por lo que el GORE CALLAO debe pagar S/ 1'992,901.97 a la que deberá descontarse los montos sobre equipos que fueron valorizados desde el 22/07/2013 al 23/01/2014.

No obstante, el pedido de interpretación, integración y exclusión del laudo son presentados por ambas partes, por lo que es resuelto por el Tribunal el 05 de febrero de 2016 mediante resolución N° 24. Al respecto, se declaran como improcedentes los pedidos del GORE CALLAO, se declara fundado el pedido de integración del CONSORCIO y finalmente se declara como improcedente los pedidos de interpretación y exclusión en contra del quinto extremo resolutivo del Laudo.

EL CONSORCIO presenta una demanda de anulación arbitral para declarar la nulidad parcial del laudo referente al quinto punto resolutivo donde se resuelve la cuarta pretensión de la demanda arbitral. Al respecto, la Primera Sala Civil Sub especializada en Materia Comercial declara como infundada las pretensiones de dicha demanda, y concluye con el presente proceso en la vía judicial.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿La no entrega de oportuna del terreno libre de interferencias ocasionó la generación de costos directos? Siendo ese el caso ¿los 2 descuentos efectuados al monto final reconocido por el Tribunal, fueron correctamente sustentados o significaron un incumplimiento al deber de motivación del laudo, afectando injustificadamente al *quantum* de la controversia y, en consecuencia, al equilibrio económico financiero del Contrato?

3.2. Problemas secundarios

De acuerdo a las normas de contratación estatal, que surgieron posteriormente ¿fue idónea la reforma normativa para iniciar las obras públicas con la entrega parcial de terrenos?

¿Existió un conflicto entre el sistema de contratación bajo suma alzada y las solicitudes de ampliación de plazo que eventualmente se originaron en el marco del Contrato N° 022-2010-GORE CALLAO, tal como lo señala LA ENTIDAD?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En primer lugar, sostenemos que al no haberse entregado a tiempo los terrenos necesarios para la ejecución de la obra, hubo un incumplimiento contractual que derivó en el atraso de la ejecución, pero de exclusiva responsabilidad de LA ENTIDAD (clausula 4.2.1 del Contrato).

Por ello, consideramos que sí se cumplió lo dispuesto en el artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante "RLCE") vigente al momento de la ejecución de la obra: el Decreto Supremo N° 184-2008-EF. En cuanto a ese aspecto, sí se ha procedido conforme a ley; ahora bien, respecto del cálculo de los costos directos y el respeto al Principio del Equilibrio Económico Financiero del Contrato, debemos argumentar que, en las normas aplicables en ese entonces, no hay un método de cálculo que permita obtener el resultado final de los Costos Directos, por lo que fue resuelto –en este caso- bajo el criterio del Tribunal Arbitral y tomando en cuenta lo dispuesto en el Contrato.

Después de una revisión pertinente sobre los argumentos del Tribunal, debemos enfatizar que estos no fueron suficientes para determinar el resultado final de los Costos Directos, porque se realizaron 2 descuentos al monto final (3'381,466.00), que no fueron motivados o fundamentados por el Tribunal en ningún momento.

Asimismo, al aplicar dichos descuentos no se reconocía el monto real de los Costos Directos, por lo que a su vez se configuraba una vulneración al Principio de Equidad contemplado en la LCE vigente en ese momento, así como al Principio del Equilibrio Económico Financiero del Contrato.

Por otro lado, respecto de la reforma normativa para la entrega parcial de terreno, se estudió la evolución de este concepto y si fue recogido en la normativa peruana de contrataciones del Estado. La conclusión a la que arribamos es que fue en años recientes donde se incluyó en la ley, en respuesta a continuos casos donde la entrega de terrenos no estaba garantizada por parte de las entidades.

Finalmente, en cuanto a la contradicción entre el sistema de contratación bajo suma alzada y las modificaciones de ampliación de plazo que alegó LA ENTIDAD, consideramos que no existe ningún conflicto, ya que el mismo Contrato contemplaba la posibilidad de que excepcionalmente se dieran estas ampliaciones, más aún si eran por causas no imputables AL CONSORCIO y se debían otorgar para restablecer el equilibrio económico financiero.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

De acuerdo a lo expuesto, nos encontramos mayormente a favor del Laudo Arbitral, sin embargo, en la materia de Costos Directos es donde se encuentra nuestro cuestionamiento, debido a lo complejo que implica abordar tal tema. El Tribunal Arbitral desconoce la fórmula empleada en anteriores solicitudes de ampliación de plazo, pero principalmente, efectúa un doble descuento que afecta sustancialmente el quantum de la controversia (cuarto punto controvertido) no es sustentado adecuadamente y que afectó derechos fundamentales del CONSORCIO como el de debida motivación. De esta forma, se generó una vulneración al principio del equilibrio económico financiero.

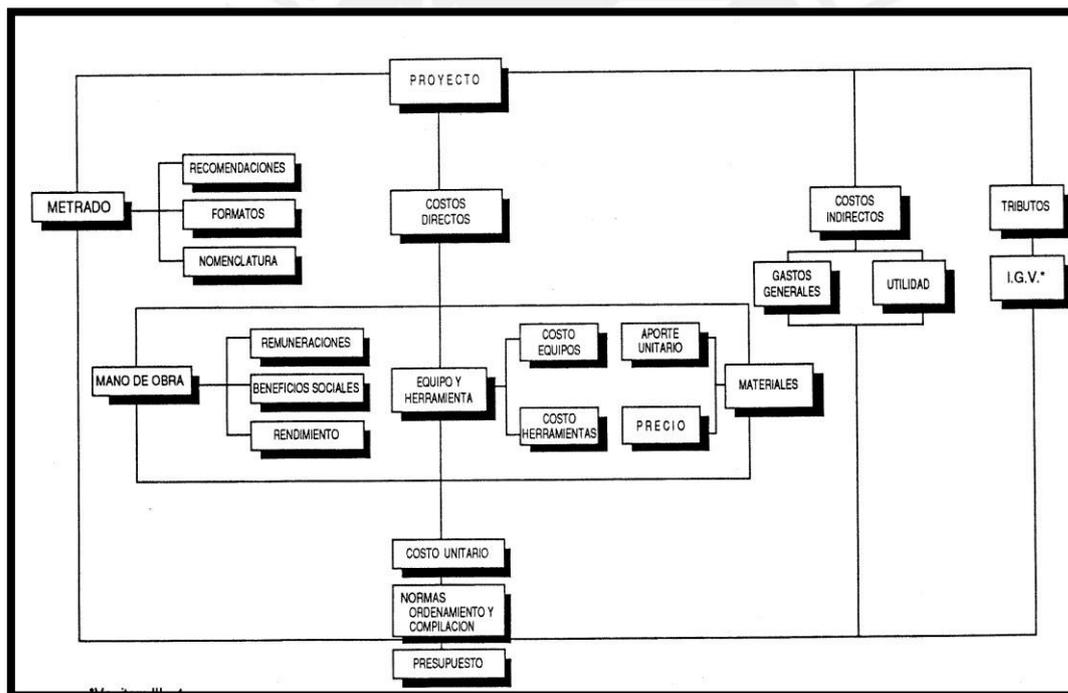
Es por ello que mediante el informe jurídico se abordará dicho concepto, así como las razones por las cuales siempre es un tema recurrente en las controversias que se dan entre particulares y el Estado, dentro del marco arbitraje del Estado.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Análisis del Problema Jurídico Principal

¿La no entrega de oportuna del terreno libre de interferencias ocasionó la generación de costos directos? Siendo ese el caso ¿los 2 descuentos efectuados al monto final reconocido por el Tribunal fueron correctamente sustentados o significaron un incumplimiento al deber de motivación del laudo, afectando injustificadamente al quantum de la controversia y, en consecuencia, al equilibrio económico financiero del Contrato?

En este apartado, brindaremos una respuesta al problema principal planteado y detallado líneas arriba, en base a la normativa aplicable durante la licitación y la ejecución de la obra. Al respecto, para un adecuado análisis, será preciso iniciar con una definición de los conceptos que fueron materia de controversia



Fuente: Costos y Presupuestos de CAPECO.

En el anterior cuadro, podemos apreciar los diferentes elementos que componen un proyecto de construcción, entre los que están el metrado, los costos directos, los costos indirectos y los tributos. Ahora bien, para efectos del presente trabajo, brindaremos un breve marco conceptual de dichos conceptos. Metrado es el cálculo que se hace en función a las partidas, las cuales componen el total de

una obra, medido en las partidas. Esto se hace tomando en cuenta las recomendaciones, formatos y nomenclatura. El concepto tributo es el gravamen que se impone siempre a este tipo de operaciones, siendo en este caso el Impuesto General a las Ventas el tributo que se aplica.

Costos indirectos son todos aquellos gastos que no pueden aplicarse a una partida determinada, sino a la totalidad de la obra y que pueden dividirse de la siguiente manera: gastos generales y utilidades; ahora bien, el primero se divide a su vez en gastos generales variables y gastos generales fijos.

Los fijos son aquellos que no se encuentran relacionados con el tiempo en el que deberá de ejecutarse la obra. Dicho de otra forma, son todos los gastos previos en los que se incurre para obtener y estudiar la licitación a la que se está postulando, esto pues, implica los gastos de viáticos, compra de bases, asesoría legal en la postulación y todo lo relacionado al proceso de contratación, asimismo, los gastos que tengan que ver con la instalación para posteriormente dar inicio a la obra.

Los gastos generales variables son todos aquellos que estarán presentes durante la ejecución de la obra, así pues, en esta clase encontramos gastos de tipo como los sueldos del personal administrativo, jornales de los trabajadores de construcción, gastos de operación, gastos relacionados a la seguridad y salud de los trabajadores tales como botiquines y seguros de salud, también los gastos relacionados a viáticos, traslados de personal y todo lo relacionado al gasto administrativo de la obra.

Asimismo, se considera también los gastos que se destinan para el mantenimiento de la oficina instalada en la obra, equipos de oficina, alquiler de locales y materiales de limpieza. Finalmente, también se toma en cuenta a los gastos financieros relacionados a la obra tales como intereses de sobregiros, de letras, gastos en otros compromisos financieros, entre otros.

En cuanto al concepto de costos directos, se puede definir brevemente como el resultado de la multiplicación de los Metrados por los costos unitarios. Los cuales, a su vez, se calculan de la siguiente manera:

$$\text{COSTO UNITARIO} = \text{MANO DE OBRA} + \text{MATERIALES} \\ + \text{EQUIPO/HERRAMIENTAS}$$

Dentro del concepto de mano de obra debemos tener en cuenta que tiene diferencias en sí mismas, ya que no todos los trabajadores que participan en la ejecución ocupan los mismos cargos, puesto que dentro de una obra habrá operarios, oficiales, ayudantes, peones y capataces que ejercerán diferentes actividades. Por otro lado, en el caso de materiales tendremos el precio del material en el centro abastecedor, el costo del flete, costo del manipuleo, costo del almacenamiento, mermas y costos de viáticos (Ibáñez, 2010).

En el caso de los costos de equipos, estos son cruciales en la construcción de carreteras debido al movimiento de tierras, procesamiento de materiales e implementación de los mismos. Walter Ibáñez propone 2 elementos muy importantes a tener en cuenta para el cálculo del costo del alquiler horario de los equipos, un aspecto fundamental para efectos del estudio de la controversia de la cuarta pretensión principal presentada por el Contratista:

- Costo de posesión: Se incluye depreciaciones, intereses, capital, obligaciones tributarias, seguros, etc.
- Costo de operación: Se incluyen combustibles, lubricantes, filtros, neumáticos, mantenimiento, operador y elementos de desgaste (Ibáñez, 2010).

Consideramos importante esta extensa definición porque las normas aplicables al caso, no se desarrollan todos estos conceptos, especialmente el de costos directos; por ello, es necesario acudir a otras fuentes que nos permitieran tener un acercamiento a lo que son los costos directos.

Para comprobar esta afirmación, debemos acudir al anexo 1 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado “Decreto Legislativo 1017” de 2008 (en adelante RLCE de 2008) vigente en ese entonces, y veremos que solo se hace referencia a los gastos generales, así como a los gastos generales variables y fijos:

27. Gastos Generales:

Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio (el subrayado es nuestro).

Se hace referencia a los costos indirectos que componen la ejecución de una obra, mas no hay alguna referencia a los costos directos. Entonces, no habiendo una definición que sea provista por la norma, corresponde acudir a otras fuentes, tales como las opiniones del OSCE, no obstante, tampoco existe un desarrollo extenso respecto de este concepto.

Entre las escasas opiniones que se pronuncian sobre los costos directos, tenemos la Opinión N.º 165-2019/DTN, la cual hace referencia a los costos directos e indirectos. Consigna a los materiales, mano de obra y equipos como parte del primer grupo, mientras que en el segundo agrupa a los gastos generales y la utilidad, de acuerdo a las definiciones proporcionadas por ambos anexos y por el organigrama que formulamos líneas arriba.

Entonces, a modo de conclusión en esta parte de la argumentación, podemos afirmar que hay una relación directa entre los elementos del costo directo y el tiempo que finalmente se necesite para la ejecución de una obra, ya que a medida que se emplee más tiempo, también habrá un incremento de la mano de obra, uso de materiales y empleo de las maquinarias. Por ello, es que se debe tener siempre presente el cumplimiento de los plazos contractuales.

Ahora bien, una vez determinados los conceptos a ser empleados en la presente investigación, se continuará con la respuesta al problema principal.

Consultemos en primer lugar lo dispuesto en el Contrato de Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra¹. De esta forma, tenemos que en la Cláusula 4.2.1 se estipulan las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra, así pues, de los 7 requisitos consignados, tenemos el siguiente:

“(…)

a) *“Que la REGION (denominación de La Entidad en el Contrato) entregue al Contratista el terreno o lugar donde se ejecutara la Obra, saneado física y legalmente, libre de todo tipo de interferencias por servicios públicos.”*

(…)”

Podemos apreciar que en el mismo Contrato se está delegando a GORE CALLAO, la responsabilidad de entregar los terrenos sin ningún tipo de interferencia y en total disponibilidad para la realización del proyecto, sin embargo, esto no pudo ser garantizado. Siguiendo por esta línea, en el mismo numeral se determinan las condiciones que deben ser cumplidas para que se otorgue una ampliación de plazo y lo consecuente a ello, que es el reconocimiento de los mayores gastos generales y/o costos directos. Así pues, a nivel contractual tenemos una consagración del reconocimiento que es favorable al Contratista.

Ahora bien, en la cláusula 4.3 se desarrollan estas condiciones que configurarían las causales de otorgamiento de plazo, entre las que están los eventos calificados como fuerza mayor o caso fortuito, eventos atribuibles a La Región, vicios ocultos en los terrenos y por interferencias físicas en el área de intervención para la elaboración del Estudio Definitivo y la Ejecución de la Obra. Sobre esto, debemos mencionar que la no entrega oportuna de terrenos por

¹ De acuerdo a la cláusula tercera del mencionado contrato, este se regirá de acuerdo al orden de prelación establecido:

1. Contrato de elaboración del Expediente técnico del estudio definitivo y la Ejecución de Obra.
2. Bases de la licitación pública internacional y propuesta del Contratista
3. Ley de Contrataciones del Estado (D.L. 1017)
4. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 184-2008-EF)

parte de GORE CALLAO configurará como causal ya sea dentro de eventos atribuibles a LA REGION o por interferencias físicas en el área de ejecución de obra, toda vez que la razón principal de la no entrega fueron conflictos sociales que debieron ser previstos, o en todo caso, gestionados ineficientemente por GORE CALLAO, para evitar que se diera un retraso, algo que no pudo evitar.

Habiendo abordado los aspectos del Contrato, relacionados a la materia controvertida, ahora correspondería aproximarse desde la normativa aplicable al momento de la ejecución contractual; sin embargo, tal y como se puede concluir de una revisión a la norma vigente de ese entonces, esta no se pronunciaba respecto de los costos y los supuestos en los cuales procedería su otorgamiento, así pues, al revisar el siguiente artículo:

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

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

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

(...)

Esto es signo de que la normativa de ese entonces carecía de algunos elementos importantes como la definición de costos directos y su aplicación en las eventuales controversias que se podrían presentar. Pero si revisamos lo dispuesto en el RLCE vigente en la actualidad, hay un gran avance en cuanto a este tema, ya que el legislador sí buscó otorgarle una respuesta al tema de los costos directos².

² Un ejemplo de ello es la Directiva N° 005-2020-OSCE/OD, puesto que esta determina como una forma para proceder con el pago de los costos directos, se debe sustentar mediante facturas, boletas de pago y cualquier otro documento que permita la acreditación.

Ahora bien, al no encontrar una respuesta satisfactoria en la normativa, corresponde acudir a la doctrina que aborda estos temas. Habiendo dicho ello, Rodolfo Guillermo Miranda Miranda propone los “aspectos cardinales de las ampliaciones de plazo” que vienen a ser: Diligencia y Buena fe; carácter exógeno; Causalidad adecuada e impacto real; Principio de necesidad; Principio de Formalismo y Principio de Preclusión (Miranda, 2010).

El primero consiste en que el Contratista haya evitado en toda medida posible el impedimento que constituyó el atraso, y que actuó diligentemente en todo momento, esto puede vincularse con las anotaciones en el cuaderno de obra que sí se hicieron, tal como se aprecia en las anotaciones que sirvieron como sustento en las diferentes solicitudes de ampliación de plazo presentadas por EL CONSORCIO. En cuanto al segundo principio, significa que la razón sea una no imputable al Contratista, lo que también se cumple, en tanto no era posible que este controle y administre los terrenos en lo que se ejecutaría la obra a través de sus propios medios, ya que era deber del GORE CALLAO garantizar la disponibilidad de estos sin ninguna amenaza o riesgo.

Respecto del tercero, la causalidad e impacto real implica que haya una conexión o relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio ocasionado, lo cual se puede demostrar al analizar la falta en la entrega de terrenos, el atraso en la ejecución contractual y el perjuicio económico que generó al CONSORCIO. Finalmente, sobre los principios de formalismo, necesidad y preclusión, vemos que en cuanto al primero, este se cumple en tanto se hicieron las anotaciones pertinentes en el cuaderno de obra, se siguió el procedimiento para solicitar la ampliación de plazo.

En cuanto al Principio de necesidad, este implica que la solicitud de ampliación de plazo N° 12 y la petición de costos directos sea esencial para concluir la obra, lo cual es factible comprobar, en tanto EL CONSORCIO demostró la intención de cumplir con el contrato y finalizar las prestaciones pactadas; encontrándose en una relación donde deben cumplirse las obligaciones correspondientes, era evidentemente necesario que se aprueben dichas ampliaciones de plazo.

Finalmente, sobre el principio de preclusión, este significa que toda petición o derecho que busque ser ejercido deberá hacerse dentro del plazo estipulado, lo cual también sucede en el caso concreto, siendo incluso avalado por la supervisión de la obra.

Vemos que en la norma de contrataciones del Estado aplicable durante la ejecución de la obra, no tenía ni desarrollado el concepto de costos directos, a excepción de una parte de la doctrina, como lo que acabamos de desarrollar, pero que lamentablemente, no es suficiente.

El Contrato sí contemplaba esta figura, pero tampoco proponía un cálculo aritmético que pudiera brindar una solución. Por ello, debemos remitirnos a las actuaciones que se dieron y el procedimiento que se debió seguir para la aprobación de las ampliaciones de plazo solicitadas.

Tal y como se expuso en la demanda arbitral, GORE CALLAO fue la que incurrió en una demora de 110 días debido a que no entregó los terrenos comprendidos entre las progresivas del KM. 01+700 al KM 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V (respecto de la ampliación de plazo N° 12) y que implicó mantener inactiva la maquinaria que se encontraba para realizar los trabajos, hecho que es plenamente corroborado por la Supervisión, así como en anotaciones del cuaderno de obra que dan cuenta de este incumplimiento por parte de La Entidad.

Asiento N° 2665:

"El Contratista ratifica que la existencia de interferencias en los terrenos entregados a lo largo de la Obra, entregas de terreno parciales, segmentadas, discontinuas y/o fuera de los plazos programados en el Calendario de Avance de Obra, entre otros, vienen representando continuas y permanente afectaciones al ritmo, plazo y secuencia constructiva de la Obra, caracterizando a su vez la no aplicación/utilización de los equipos y personal movilizados para la ejecución de la misma en condiciones normales (contratadas) (...)" (El énfasis es nuestro)

Finalmente, en la aprobación de la ampliación de plazo N° 12, se “reconocen 3’381,466.00 (tres millones trescientos ochenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis con 00/100 soles)”. Siguiendo por esta línea, en el laudo arbitral se deja constancia de que en la pericia técnica presentada por el Ingeniero Carlos López, perito de parte, ha hecho la siguiente distinción sobre los costos directos en cuanto a empleo de la maquinaria: Costos de posesión y Costos de operación, siendo los primeros aquellos costos que implican tener la maquinaria y poder disponer de ella al momento de ejecución de obras, mientras que los segundos son todos los gastos relacionados al mantenimiento de las maquinas, como por ejemplo combustible. Estas definiciones son coincidentes con las que desarrollamos al inicio de este apartado, las cuales rescatamos del especialista, el Ingeniero Walter Ibáñez.

Por ello, consideramos pertinente el haber desarrollado previamente el concepto de costos directos, ya que de esta forma podemos ofrecer una base conceptual que no solo se encuentra en lo expuesto ya sea en el Laudo o la Demanda arbitral.

Pues bien, siguiendo por esta línea, debemos ahora determinar bajo qué condiciones se estableció el cálculo de los costos directos, el cual consta en el escrito de demanda arbitral y que transcribimos a continuación:

- 1) *Se considera la hora disponible de cada equipo conforme a la jornada laboral (10 horas diarias).*
- 2) *Para determinar las Horas paralizadas y/o inactivas de cada equipo durante el periodo de afectación, se resta las Horas disponibles menos las horas trabajadas. Cabe aclarar que el periodo de afectación no considera domingos ni feriados (el resaltado es nuestro).*
- 3) *Por otro lado, los Costos Horarios de los equipos corresponden a las tarifas de equipos que el CONSORCIO presentó en el Expediente Técnico de la Obra. Para conocer el Costo de posesión se recurrió a la información historia tomando como referencia las revistas Costos y CAPECO.*

- 4) Finalmente, se multiplica el Costo de posesión de los equipos establecido en el punto anterior por la cantidad de Horas paralizadas y/o inactivas de cada equipo a noviembre de 2009.
- 5) El monto obtenido en el Ítem anterior es actualizado a la fecha de evaluación, mediante los Índices Unificados 48 (Maquinaria y Equipo Nacional) y 49 (Maquinaria y Equipo Importado), según corresponda. (el resaltado es nuestro)

Ahora bien, otro argumento que se debe tener en cuenta es que siempre se exigió el pago del saldo restante, pues se menciona que GORE CALLAO ya había reconocido en parte los costos directos, mediante otras resoluciones emitidas anteriormente. Reiteramos que la controversia gira en torno al reconocimiento del saldo pendiente de los costos directos y no del traslape que pudo haberse efectuado en su cuantificación. Para un mejor entendimiento adjuntamos los siguientes cuadros:

Agrupamiento para el análisis	Del	Al	N° de días SOLICITADO
primer grupo	22/07/2013	04/10/2013	75
segundo grupo	22/07/2013	30/09/2013	63
	01/12/2013	05/12/2013	5
tercer grupo	07/08/2013	29/11/2013	62
cuarto grupo	31/08/2013	23/01/2014	110

En este cuadro se sistematizan los grupos que solicitan el reconocimiento de costos directos, de acuerdo a las fechas que se computaron, pero el Tribunal Arbitral incide en que habría habido un traslape en la cuantificación de dichos días. Entonces, de acuerdo al considerando 36 y la tabla adjuntada, se toma finalmente en cuenta los traslapes, lo que nos da como resultado la siguiente imagen:

36. Que para ello se ha utilizado la información alcanzada por las partes, tomándose en cuenta los traslapes, previo a efectuar la cuantificación, y las pruebas actuadas.

Agrupamiento para el análisis	Inicio y término sin traslape		N° de días transcurridos	N° de días de Sub Utilización de Equipos
primer grupo	22/07/2013	04/10/2013	75	65
segundo grupo			-	-
tercer grupo	05/10/2013	29/11/2013	55	47
cuarto grupo	30/11/2013	23/01/2014	54	46

Así pues, el Tribunal tiene en cuenta los traslapes, pero ahora debemos tener presente que el monto original que se solicita en la cuarta pretensión principal y que también es consignada en la definición de puntos controvertidos, **es el de reconocer S/. 4'295,777.67 (Cuatro millones doscientos noventa y cinco mil setecientos setenta y siete con 67/100 soles) como saldo pendiente.** Sin embargo, al haber el traslape, el Tribunal recalcula los días a ser considerados y quedan de la siguiente manera:

RESUMEN	Monto Liquidado	Monto Pagado por la Entidad	Documento aprobatorio	Saldo reconocido
primer grupo	527,129.20	528,110.30	Resolución N° 001-2014-GRC-GGR	-981.10
segundo grupo				
tercer grupo	1,459,955.36	860,453.73	Resolución N° 051-2014-GRC-GGR	599,501.63
cuarto grupo	1,394,381.44			1,394,381.44
Resumen				1,992,901.97

A modo de explicación, se tienen los montos liquidados por cada grupo en los que se solicitaron los costos directos (extraídos de la segunda columna): se tiene S/. 527,129.20 (Quinientos veintisiete mil ciento veintinueve con 20/100 soles) conforme al primer y segundo grupo y que se agrupan debido al traslape; 1'459,955.36 (Un millón cuatrocientos cincuenta y nueve mil novecientos cincuenta y cinco) conforme al tercer grupo; 1'394,381.44 (Un millón trescientos noventa y cuatro mil trescientos ochenta y uno con 44/100 soles) conforme al cuarto grupo.

Entonces, el monto que resulta de la suma de estas cifras es de: **S/. 3'381,466.00 (Tres millones trescientos ochenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis con 00/100 soles)**, debido al cálculo que realiza el Tribunal conforme a las cifras

consignadas en el cuadro que detallamos líneas arriba. Sin embargo, no perdamos de vista que la suma requerida en la cuarta pretensión principal ascendía a S./ 4'295,777.67.

Surge entonces la pregunta ¿Por qué la cifra originaria se reduce S/. 3'381,466.00? El Tribunal omite ser explícito en esta sección del laudo, pero se puede deducir que la cifra se reduce producto del traslape identificado en la nueva cuantificación de los días a ser considerados para el reconocimiento de los costos directos. Se puede determinar entonces que el traslape sí ha sido considerado.

Hasta este punto, no hay inconveniente, sin embargo, es acá donde se realiza el primer descuento, porque se aduce que GORE CALLAO ya habría reconocido parte de este monto e incluso habría autorizado el pago mediante **la Resolución N° 001-2014-GRC-GGR, en una cifra ascendente a S/. 528,110.30 (Quinientos veintiocho mil ciento diez con 30/100 soles)** correspondientes al primer y segundo grupo.

También, mediante la resolución N° 051-2014-GRC-GGR se habría reconocido S/. 860,453.73 (Ochocientos sesenta mil cuatrocientos cincuenta y tres con 73/100 soles) correspondientes al tercer grupo (las cifras son extraídas de la tercera columna y las resoluciones de la cuarta columna del último cuadro).

Entonces, sumando ambas cifras se tiene el resultado de S/. 1'388,564.03 (Un millón trescientos ochenta y ocho mil quinientos sesenta y cuatro con 03/100 soles) que se descuenta a los 3'381,466.00 (Tres millones trescientos ochenta y un mil cuatrocientos sesenta y seis con 00/100 soles) ya calculados por el Tribunal y **da como resultado la cifra de S/. 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 soles) por concepto de mayores Costos Directos.** Monto que reconoce, pero al que posteriormente aplicará el segundo descuento.

Siguiendo por esta línea, el Tribunal Arbitral parece omitir que dichos descuentos ya fueron hechos previamente por El Contratista, algo que –reiteramos- fue reconocido por el mismo Tribunal y La Entidad. Asimismo, esto fue detallado por el Contratista, tal como se consigna a continuación:

“El Consorcio Nueva Gambetta reclama la suma de S./ 4’295,777.67, monto que se deriva de 4 pedidos distintos:

Primer grupo: Los Costos Directos incurridos por el Consorcio como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del Sector 4-2, comprendido entre las progresivas del Km. 24+300 AL Km. 25+000, que motivó la Ampliación de Plazo No. 06

Dado que la Región ha reconocido parte de este monto a través de la Resolución N°. 1164-2013-GRC-GGR (Anexo 21), por la que dispuso que se nos pague S./ 605,844.43 más IGV por concepto de Costos Directos, queda en controversia el pago de la diferencia, por la suma de S/. 759,985.77, más IGV e intereses, conforme al Anexo 42.

Segundo grupo: Los Costos Directos incurridos por el Consorcio como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700, que motivó nuestras solicitudes de ampliación de Plazo parcial No. 7 (Anexo 23) y 8 (Anexo 26); y finalmente nuestro pedido de Ampliación de Plazo final No. 10 (Anexo 19) que comprende a las dos previamente mencionadas. (...)

Siendo que la Región, mediante Resolución N° 005.1-2014-GRC-GGR, (Anexo 10), ya ha reconocido parte del monto reclamado (S./ 528,110.30 más IGV), el monto pendiente de pago asciende a S/. 222,202.43, más IGV e intereses.

Tercer grupo: Los Costos Directos incurridos por el Consorcio como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del Tramo V – Sub tramo 3 de la Vía Principal, Lado Derecho, entre las progresivas del KM. 1+000 al Km. 1+700; Costos Directos que fueron reclamados en nuestra solicitud de Ampliación de Plazo NO. 09 (Anexo 35).

Siendo que la Región, mediante Resolución 001-2014-GRC-GGR (Anexo 36), ya ha reconocido parte del monto reclamado (S./ 860,453.73, más IGV), el monto

pendiente de pago asciende a S/. 1'109,087.09, más IGV e intereses, conforme al Anexo 42.

Cuarto grupo: Los costos Directos incurridos por el Consorcio como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V, que motivó nuestra solicitud de Ampliación de Plazo Parcial No. 11; y finalmente, nuestro pedido de Ampliación de Plazo No. 12 (Anexo 6) que subsume al primero. Por ello, este reclamo asciende a la suma de S./ 2'204,502.38, más IGV e intereses, el cual no ha sido reconocido por la Región, conforme al Anexo 42.

En síntesis, cuando se presenta la demanda arbitral y se fija el punto controvertido relativo a los costos directos, este se hace **tomando en cuenta los montos que ya habían sido abonados por LA ENTIDAD** y que, por lo tanto, la cifra de S/. 4'295,777.67, que después se liquida a S/. 3'381,466.00⁴, ya era **un saldo pendiente que no correspondía ser descontado con la cifra de 1'388,564.03 y que resulta finalmente en 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 soles).**

Por lo tanto, este primer descuento resulta ser una afección que desconoce un aspecto fundamental de lo que se discutía en el arbitraje, originando a su vez, la imposibilidad de que EL CONSORCIO se pronunciara y ejerciera su derecho a la Defensa.

En cuanto al segundo descuento aplicable, debemos tener en cuenta que el monto restante era de **S/. 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 soles)**, pero que, a decir del Tribunal, "al tratarse de demoras en el proceso de ejecución de la obra, y no por paralización, deberá descontarse los montos sobre equipos valorizados desde el 22/07/2013 al 23/01/2014, actualizándose con los índices Unificados al mes de la causal, más los intereses respectivos".

⁴ Importante resaltar que esta cifra se deduce del traslape identificado por el Tribunal, pero que este nunca lo explicita, incurriendo en imprecisión y ocasionando que este apartado del laudo sea sumamente confuso.

Al respecto, debemos señalar que este se realiza sobre los equipos valorizados, sin embargo, el Tribunal nuevamente desconoce lo aducido por EL CONSORCIO en la demanda arbitral, ya que el monto que se solicitaba, era un saldo pendiente que estaba basado en el cálculo de las horas inactivas de la maquinaria, producto de la falta de entrega de terrenos por parte de LA ENTIDAD.

Con esta premisa, se busca decir que en la actividad de una obra, se hace uso de maquinaria para el avance de la misma; sin embargo, en caso se presenten atrasos no imputables al contratista, como el hecho de no entregar los terrenos a tiempo, y la maquinaria respectiva ya ha sido movilizadada para iniciar con los trabajos de construcción, esta queda en desuso al no ser utilizada en las tareas designadas, lo que implica el incremento del Costo de Posesión, y por lo tanto, con la computación de Costos Directos.

Es sumamente importante recalcar que para obtener el valor de las horas inactivas EL CONSORCIO restó las horas en que la maquinaria sí trabajó (horas activas), algo que fue consignado en la metodología de cálculo de costos directos⁵.

El Tribunal en el Laudo Arbitral reconoce en repetidas ocasiones que la materia sometida a controversia es un saldo pendiente y que precisamente por esa razón es que se somete a arbitraje. Pero, al aplicar los dos descuentos, se genera una afectación al CONSORCIO, toda vez que la materia del arbitraje era respecto de reconocer los Costos Directos que ya fueron calculados considerando lo pagado por LA ENTIDAD y en función a las horas inactivas de la maquinaria paralizada debido a la falta de entrega de terrenos. No obstante, se realiza el segundo descuento que, por si fuera poco, es indeterminado y tampoco es determinable.

⁵ “d.1) Se considera la Hora Disponible de cada equipo conforme a la Jornada Laboral (10 horas diarias).
d.2) **Para determinar las horas paralizadas y/o inactivas de cada equipo durante el periodo de afectación, se resta las horas disponibles menos las horas trabajadas.** Cabe aclarar que el periodo de afectación no considera domingos ni feriados.

Es decir, al monto de **S/. 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 soles)** se le ha de aplicar un descuento que no es posible cuantificar o delimitar, toda vez que es uno “aplicado a los equipos valorizados del 22/07/2013 al 23/01/2014, actualizándose con los índices Unificados al mes de la causal, más los intereses respectivos”. Esto es afectar sustancialmente el quantum de lo exigido en la cuarta pretensión principal, ya que no profundiza ni ahonda en el método de cómo deberá aplicarse este segundo descuento. Nuevamente nos encontramos ante una afectación de los derechos del CONSORCIO.

Presentándose este escenario, debemos dirigir nuestro análisis la siguiente pregunta ¿Cómo debe ser la labor del Tribunal Arbitral? y de forma aún más precisa ¿Cómo debe ser la motivación de un Tribunal Arbitral? Así pues, al acudir al artículo 56 de la Ley General de Arbitraje, veremos que lo dice es que todo laudo deberá de ser motivado; partiendo de esta premisa, la motivación debe ser entendida como un proceso mediante el cual se fundamenta la posición del árbitro respecto de una controversia jurídica y esta debe ser entendida como una construcción lógica y racional de argumentación jurídica.

Sin embargo, en el presente caso ha habido una vulneración a este deber de motivación, ya que se ha dado un desconocimiento de los argumentos presentados por EL CONSORCIO, toda vez que lo solicitado en la demanda arbitral, en relación a los costos directos, era totalmente claro: reconocimiento del saldo pendiente de los costos directos, calculados en función a las horas inactivas de la maquinaria paralizada. No respecto de los 2 descuentos efectuados que no fueron fundamentados y que carecían de toda razonabilidad.

Si bien en la demanda de anulación de laudo arbitral EL CONSORCIO sostuvo que no se respetaron los límites del punto controvertido relativo al reconocimiento de costos directos y que hubo una vulneración al derecho de defensa, toda vez que no tuvo la oportunidad de poder pronunciarse y defenderse de los argumentos del Tribunal Arbitral en relación a los costos directos, esgrimidos en los considerandos 31 al 39, nosotros consideramos que hubo una transgresión al derecho a la debida motivación.

El artículo 56 deja en claro que el laudo deberá ser motivado, salvo pacto en contrario, no obstante, de las actuaciones arbitrales y del mismo laudo arbitral se puede deducir que esto no fue acordado para el presente caso que se analiza; por tal motivo, la motivación debió ser -por lo menos- sólida y extensa al momento de justificar el doble descuento, a pesar de que EL CONSORCIO ya había acreditado que sustrajo los montos reconocidos por LA ENTIDAD y que hizo la cuantificación en base a las horas inactivas de maquinaria.

Es por eso que consideramos que la argumentación del CONSORCIO en la demanda de anulación de laudo pudo verse reforzada por el siguiente argumento: al realizar una interpretación en conjunto de los artículos 56 y el artículo 63, se puede cuestionar la validez de un laudo arbitral por defectos en la motivación⁷, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas en el artículo 62, porque, evidentemente, no es posible desconocer la prohibición sobre pronunciarse respecto del contenido o fondo del laudo. Asimismo, es sumamente importante precisar que los supuestos en los cuales procede este tipo de cuestionamiento son bastante específicos y excepcionales.

La posición usualmente aceptada en materia arbitral es que el D.L. 1071 no acepta la posibilidad de anulación de laudo en cuanto a defectos de motivación porque las causales del artículo 63 son claras y no la mencionan como tal, además está la prohibición del artículo 62. Sin embargo, sostenemos que esta posición se da por una interpretación excesivamente literal de dicho artículo, lo que va en contra de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y lo que el mismo Tribunal Constitucional ha determinado sobre esto.

Para sustentar esta premisa, apreciemos lo mencionado en la sentencia del EXP N° 06167-2005-HC “Precedente Cantuarias”:

⁷ Consideramos pertinente también que se tenga en cuenta lo consignado en la Duodécima Disposición complementaria del D.L. 1071:

DUODÉCIMA. Acciones de garantía. Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

“11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata-del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución”. (el subrayado y resaltado es nuestro).

Vemos entonces que el Tribunal Constitucional reconoce la independencia de la jurisdicción arbitral para que las partes decidan los términos en los cuales se llevará a cabo el arbitraje, no obstante, esto no implica que haya un desconocimiento de los derechos garantizados por la Constitución, entre los que se encuentra el Derecho al debido proceso, lo que engloba al derecho a una debida motivación.

En adición a ello, es importante hacer la siguiente distinción, cuando la falta de motivación por parte del Tribunal Arbitral, en relación a un punto controvertido, es demasiado notoria y gravosa no es posible ignorar dicha actuación arbitral y por lo tanto debe ser sometida al control de exceso de poder que ejercieron los árbitros.

Por lo tanto, cuestionamos la inexistencia de motivación en relación al doble descuento de los costos directos.

De forma muy breve, anotamos que, de acuerdo a la STC-00728-2008-HC/TC Caso Giuliana Llamoya Rojas, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a debida la motivación en 6 supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.*
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento.*
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.*
- d) *Motivación insuficiente.*

- e) *Motivación sustancialmente incongruente.*
- f) *Motivaciones cualificadas.*

No es objetivo de este trabajo escudriñar cada uno de estos conceptos, por lo que nos concentraremos solo en aquel que consideramos como aplicable al supuesto de causal de anulación de laudo. Consideramos que la definición de motivación inexistente o aparente es la que mejor se aplica porque este concepto implica que el Tribunal no ha desarrollado fundamentación alguna respecto de una de las materias controvertidas. La misma sentencia anteriormente citada lo define de la siguiente manera:

“Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”.

Aterrizando en el caso concreto, la cuarta pretensión principal y el cuarto punto controvertido derivado de esta, hacen referencia a que el Tribunal se pronuncie sobre el reconocimiento de Costos Directos, lo cual efectivamente cumple; sin embargo, este extiende la controversia y determina que se apliquen 2 descuentos, de los cuales no justifica su origen u razón de ser. Finalmente, en la sección del laudo donde señalan que se debe tomar en cuenta dichos descuentos para definir el monto final de los costos directos, la argumentación es escueta, limitada y sumamente reducida.

Al revisar los considerandos 31 al 39, se podrá notar que el Tribunal desarrolla la argumentación relacionada a los descuentos, en los cuales determina la existencia de un traslape (que la demanda de anulación de laudo arbitral no cuestiona, ni tampoco es el propósito de este trabajo), formula un cuadro donde consigna la suma de S/. 3'381,466.00 y en el que realiza el primer descuento y da la suma de S/. 1'992,901.97. Posteriormente, efectúa el segundo descuento a este último monto (considerando 38) sin ahondar en las razones por las cuales

se debía descontar los montos sobre equipos valorizados desde el 22/07/13 al 23/01/14.

En suma, sostenemos que la argumentación de la aplicación de este doble descuento es **vacua e inexistente**, toda vez que el CONSORCIO señaló constantemente que dichos descuentos ya habían sido considerados al momento de solicitar los costos directos y es por tal motivo que se exige el reconocimiento de un saldo pendiente.

Finalmente, al encontrarnos en una instancia arbitral donde el laudo es definitivo e inapelable, el deber de motivación cobra especial relevancia, pues al ser la única sede jurisdiccional y no cabe la posibilidad de llevarlo a segunda instancia, es imprescindible que la motivación carezca de la menor cantidad de defectos. Asimismo, esta debe dar respuesta a las controversias que fueron pactadas por las partes en las reglas y límites que fueron pactadas por ellos mismos. Esto para evitar cuestionamientos que signifiquen afectaciones a derechos fundamentales, como al debido proceso.

Por lo tanto, desde nuestra posición consideramos que no ha habido una adecuada sustentación por parte del Tribunal Arbitral en relación a esta materia. De igual manera, si el CONSORCIO hubiera alegado como causal de anulación de laudo la falta al deber de motivación y no solamente la vulneración al Derecho de defensa, la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia habría tenido más argumentos para que declare como fundada la demanda de anulación de laudo arbitral, justamente porque el Tribunal Arbitral no ofreció una fundamentación sólida respecto de la aplicación de dichos descuentos.

Esto nos lleva a la siguiente parte de nuestra posición, la cual es que, debido a la afectación al Derecho al debido proceso, específicamente sobre las deficiencias de motivación en la controversia relativa al doble descuento, se ha originado una vulneración al equilibrio económico financiero del Contrato.

En primer lugar, debemos traer a colación el Principio de Equidad que fue consignado en la LCE de 2008:

Artículo 4: Principios que rigen las Contrataciones:

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del Derecho Público.

(...)

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.

(...)

Estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

De lo citado, podemos concluir que, cualquier actuación del Estado debe ser acorde a un criterio de proporcionalidad, es decir, que no vaya en contra de alguna de las partes. Esto debe ser entendido en todo aspecto, no solo legal, sino también económico y respecto de las prestaciones que los Contratistas otorgan al Estado.

Es importante precisar que el concepto de equilibrio económico financiero no aparece dentro del cuerpo normativo de la LCE de 2008, sin embargo, podemos argumentar su vinculación teniendo en cuenta que estamos ante un Contrato Administrativo, y como tal, siempre deberá considerarse el equilibrio económico financiero como un concepto transversal a todos los contratos de este tipo.

A rasgos generales, los elementos que configuran un Contrato administrativo son: que una de las partes sea una entidad que actúe en representación del Estado, que haya una asimetría entre las partes y que esto permita la inclusión de cláusulas exorbitantes en el corpus contractual, impensables en el régimen civil.

Asimismo, que el objetivo de dicho contrato sea para cumplir o alcanzar algún interés público que el Estado está en la obligación de tutelar. También deben

estar comprometidos recursos públicos destinados al cumplimiento de dicho interés y que, por lo tanto, deberán estar sometidos a un régimen especial.

Es importante tener en cuenta que, aunque no haya un reconocimiento expreso por parte de la LCE sobre que la contratación estatal es un contrato administrativo, se puede deducir que, por sus propias características, sí nos encontramos ante un contrato de esta naturaleza.

Ahora bien, retomando el hilo donde se explica lo relacionado al equilibrio económico, Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera en una extensa lista proponen los elementos de la contratación administrativa, y entre ellos especifican precisamente el del equilibrio económico financiero. Así, lo definen como el balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo a sus objetivos, y rentable para su contraparte (Morón Urbina y Zita Aguilera, 2017).

Entonces, podemos también afirmar que este equilibrio financiero debe ser garantizado durante toda la ejecución contractual, puesto que el Contratista no encontraría ninguna razón de licitar con el Estado en caso esto implique un riesgo o pérdida financiera.

Esto no quiere decir que durante la ejecución del contrato, no se vayan a presentar contingencias que puedan atentar contra dicho equilibrio, por tal motivo es que este concepto tiene una función activa, la cual garantiza que, en el supuesto de que el balance económico se vea alterado en desmedro de alguna de las partes, se debe reestablecer dicho equilibrio lo antes posible; asimismo, si se ha efectuado un desequilibrio sumamente perjudicial, entonces correspondería una compensación económica que busque recuperar en cierta forma a la parte perjudicada.

Finalmente, esto encuentra un vínculo con el Principio de Equidad ya definido líneas arriba, el cual sí se encuentra estipulado en la LCE de 2008.

Con esta aproximación conceptual, debemos pronunciarnos sobre la actuación de LA ENTIDAD, de la cual hay suficiente evidencia que demuestra el actuar desproporcionado en contra del Contratista, principalmente debido al retraso en la entrega de los terrenos libres de interferencias, que no pudo ser garantizado y que incluso, implica un incumplimiento contractual. El restablecimiento del equilibrio económico financiero se daría con el reconocimiento de los gastos generales y de los costos directos, acción que no es cumplida en su totalidad y, por lo tanto, termina consagrando este perjuicio en contra del CONSORCIO.

Respecto del actuar del Tribunal Arbitral, consideramos que vulneró el equilibrio económico financiero del Contrato, ya que, mediante ese doble descuento, se generó un perjuicio económico injustificado, debido a la modificación injustificada del quantum, solicitado en la cuarta pretensión principal y en el punto controvertido derivado de este.

Reiteramos que no era necesario efectuarlos puesto que EL CONSORCIO ya los había realizado; entonces, cuando el Tribunal los aplica nuevamente, además de no cumplir con el deber de motivación e incurrir en causal de anulación de laudo, también consume el incumplimiento del equilibrio económico financiero originado por LA ENTIDAD, debido a la falta de entrega oportuna de terrenos, que como lo menciona el mismo Contrato, era de su entera responsabilidad.

Por lo tanto, consideramos que, por las razones expuestas, el laudo arbitral tiene graves errores que incumplen con el deber de motivación, por lo que incurrió en la causal de anulación literal c) del artículo 63 del DL 1071:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. *El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

(...)

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este

Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo. (el resaltado es nuestro)

Sostenemos esto debido a que el deber de motivación fue una característica plenamente presente a lo largo del desarrollo del arbitraje y que debió ser respetada aún más en el Laudo Arbitral, pues como indicamos, este es definitivo y sin posibilidad de que sea apelado. Por lo tanto, la fundamentación del mismo debe ser sumamente precisa y ofrecer una respuesta idónea a todas las materias controvertidas que fueron sometidas a su jurisdicción como árbitros.

5.2. Análisis del Primer Problema Secundario

De acuerdo a las normas de contratación estatal, que surgieron posteriormente ¿fue idónea la reforma normativa para iniciar las obras publicas con la entrega parcial de terrenos?

A efectos de este apartado, es importante definir brevemente lo que debemos entender como disponibilidad. Desde una perspectiva jurídica, este término podría definirse de la siguiente forma: como la capacidad de poder hacer uso libremente de un bien, sin que haya una carga o gravamen de por medio, pero que además implique la garantía de su seguridad.

Entonces, disponibilidad de terrenos implicará la facultad de hacer uso libre sin alguna limitación de los predios en cuestión. Esto significa que no sea una limitación legal (entendida como una prohibición que emane del ordenamiento jurídico) o fáctica (como, por ejemplo, la usurpación o toma del terreno por parte de agentes externos al propietario)⁸.

⁸ A modo de complementar esta definición y poder enlazarla con el tema del presente trabajo, lo podemos encontrar en la Opinión N° 168-2018, en la que precisamente se hace una consulta a la disponibilidad física de terrenos. La respuesta del OSCE fue que, para la disponibilidad, entendida como 'título valido' esta "es la capacidad con que se debe que debe contar la Entidad para ejercer, sobre el bien inmueble, los derechos reales necesarios para que se lleven a cabo los trabajos correspondientes para la ejecución de la obra". Entonces, en esta opinión se puede apreciar la posición del OSCE, en la que considera que la disposición del predio en cuestión debe ser una acorde a como si se ejerciesen derechos reales sobre el mismo.

Habiendo hecho esta salvedad, haremos una breve reseña histórica de la contratación estatal en el Perú, como fue su evolución y así finalmente ofrecer una respuesta a la duda planteada al inicio de este apartado. Así pues, el rasgo principal de la normativa referente a contratación pública es que esta no se encontraba sistematizada, lo que generaba una situación de desorden o de incluso normas superpuestas unas entre otras.

En la Constitución de 1979, se tiene consagrado constitucionalmente la contratación pública, no obstante, se podrá advertir que su definición es bastante ambigua y muchas veces no ofrece una respuesta satisfactoria de interpretación. El artículo que contiene los primeros atisbos de regulación de la contratación estatal es el 143⁹.

Aunado a este artículo, se promulgaron 3 normas que intentaron ofrecer un mejor orden a la dispersa regulación que por entonces imperaba, estos eran: El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP), el Reglamento Único de Adquisiciones y la Ley 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su reglamento (REGAC).

Esto implicó el inicio de unas reformas encaminadas a sistematizar toda esa regulación que muchas veces era formulada de forma aislada y sin el propósito de estar articulada. De esta forma, con el cambio de Constitución de 1993, se siguió con el propósito de ordenamiento; por ello es que a nivel constitucional se estipula esta materia¹⁰ y dentro de ese marco, en el año de 1997, se crea la primera norma que intenta abordar de forma integral el tema de contratación

⁹ "Art. 143: La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

¹⁰ Art. 76 **Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública:**

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

pública: La Ley N° 26850 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” (en adelante LCAE).

Mediante esta se unifica los dispositivos legales anteriormente mencionados y, entre otros aspectos importantes, crea el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones (CONSUCODE), el cual sería el ente dirimente en cuanto a materia de contratación estatal y también dispuso la creación de un Tribunal que resolviera en vía administrativa los conflictos que pudieran suscitarse durante los procesos de contratación. Actualmente, dichas entidades son el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Habiendo hecho este brevísimo repaso de historia jurídica, corresponde retomar la argumentación sobre la figura de la disponibilidad de terrenos y como ha sido tratada durante las modificaciones normativas que ha habido hasta la fecha.

Al revisar el artículo 12 de la LCAE¹¹, se podrá apreciar que no hay un desarrollo consistente sobre cómo se debe proceder en caso no se tenga todo el terreno disponible para la ejecución de la obra, solo se dispone que, como característica propia de esta, se tenga libre el terreno donde habrá la obra. Ahora bien, en cuanto al reglamento de la LCAE (en adelante RLCA), en el artículo 240 también se hace referencia a la figura del terreno y su disponibilidad¹², sin embargo, tampoco hay una profundización en cuanto al supuesto de que no se entregue

¹¹ **Artículo 12.- Características de los bienes y servicios a adquirir o contratar:**

(...)

En el caso de las obras, además, se debe contar con la información técnica aprobada y la disponibilidad del terreno o lugar donde se ejecutará la obra. (el subrayado es nuestro).

(...)

¹² **Artículo 240.- Inicio del Plazo de Ejecución de Obra:**

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.

(...)

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con la entrega del terreno. En cualquier caso, el plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el contrato o en las Bases. (el subrayado es nuestro).

el terreno o si es que habría una eventualidad que impidiera la entrega del mismo.

Entonces, podemos apreciar que el problema de no abordar este supuesto, se presenta desde la norma de 1997 y que en la posterior modificación, con el Decreto Legislativo 1017 (Ley) y el Decreto Supremo 004-2008-EF (Reglamento), también se hereda el mismo problema, puesto que en el artículo 13 del D.L., se deja constancia de que en el caso de obras se deberá contar con la disponibilidad del terreno o de la zona en la que se ejecutará el proyecto de infraestructura, además de ello, en todo el cuerpo normativo no se vuelve a mencionar dicha figura. En cuanto a su reglamento, tenemos el mismo tenor, ya que en su artículo 184 hereda la misma redacción del artículo 240 de la LCEA de 1997, por lo que la falta de previsión se mantiene.

Sobre la posterior norma, en el texto original de la Ley 30225 publicada el 11 de julio de 2014, nuevamente vemos la ausencia sobre el supuesto que estamos abordando, sin embargo, es mediante la modificación planteada en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341 del 07 de enero de 2017 que finalmente se atiende a esta problemática y finalmente el texto queda de la siguiente forma:

Artículo 32. Contrato

(...)

1.5 En el caso de la contratación de ejecución de obras, la Entidad debe contar con la disponibilidad física del terreno. Excepcionalmente dicha disponibilidad puede ser acreditada mediante entregas parciales siempre que las características de la obra a ejecutar lo permitan. Esta información debe estar incluida en los documentos del procedimiento de selección. (el subrayado es nuestro).

(...)

Se consigna que de forma excepcional se permitirá el supuesto donde se hacen entregas parciales, cuando el proyecto en cuestión permita que su ejecución se de en estas condiciones, caso contrario, no podría permitirse de acuerdo al texto de la ley mencionada. A su vez, se señala que esto debe constar en los

documentos que sean parte del procedimiento de selección, pues esto se hace con la intención de prever escenarios en los que pueda haber contingencias que impidan la entrega total de los terrenos.

En cuanto al reglamento de esta ley, en el artículo 152¹³ se indica que el inicio de la obra será cuando la Entidad entregue el terreno, pero que en caso no se pueda cumplir con estos requisitos, se permite diferir la fecha del inicio del plazo de ejecución de obra. Aunque no es una redacción explícita en la que diga que se permite las entregas parciales, con una interpretación sistemática junto a la ley, se puede inferir que la frase “diferir el inicio del plazo” se entiende como la posibilidad de flexibilizar las condiciones de inicio de obra, como, por ejemplo, la entrega total del terreno en la que se ejecutará el proyecto.

Así pues, consideramos que es un avance importante en la normativa y que demostró la intención del legislador en atender esta problemática que se arrastraba desde la LCAE de 1997.

Ahora bien, en cuanto a la normativa actual, debemos indicar lo siguiente, que en el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley 30225, (en adelante el TUO) en su artículo 32 se mantiene el mismo texto sin ninguna modificación. Asimismo, sobre el reglamento, se puede apreciar un mayor desarrollo de esta figura, pues en su artículo 41, que versa sobre los requisitos para convocar, en su inciso 2 se señala que además del expediente técnico de la obra, se cuente con la disponibilidad física del terreno, pero que en situaciones donde las circunstancias lo permitan, se puede contar con las entregas parciales de este.

¹³ Artículo 152.- **Inicio del plazo de ejecución de obra:**

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

2. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecuta la obra

(...)

La Entidad puede acordar con el contratista diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra en los siguientes supuestos:

2. En caso la Entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en 1 y 2 del presente artículo, hasta el cumplimiento de las mismas.

También se hace mención de esta figura en el artículo 42 sobre el contenido del expediente de la contratación, así como en el 48, que es acerca del contenido mínimo de los documentos de procedimiento, pero es en el artículo 175¹⁴ donde hay una mejor complementación de lo dispuesto en la ley, ya que señala expresamente que el inicio de la ejecución de la obra se dará ya sea con la entrega total o parcial del terreno.

De todo lo expuesto líneas arriba, se puede concluir que pasó bastante tiempo para que la normativa proponga una solución a esta problemática, y eso ha sido perjudicial debido a la dificultad que implica garantizar la independencia del área en la que se llevará a cabo el proyecto.

Esto no significa que haya pasado totalmente desapercibido el problema descrito líneas arriba, ya que en paralelo ha habido otras contribuciones en la normativa peruana, respecto de la disponibilidad de terrenos, por ello es que tenemos el Decreto de Urgencia N° 003-2020, que fue promulgada el 8 de enero de 2020. Y aunque no está orientada exactamente al campo de contrataciones públicas, puesto que es para el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad y el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios y los proyectos hace incidencia en la disponibilidad de terrenos, ya que lo importante de esta norma es que otorga diferentes facilidades para poder disponer de los terrenos destinados a ejecutar proyectos de infraestructura.

En el artículo 2 se faculta al gobierno nacional, regional y local poder aplicar el procedimiento contemplado en este decreto, para poder adquirir y liberar las áreas necesarias para la ejecución de proyectos.

Dicho procedimiento permite la anotación preventiva ante la SUNARP de la Obra de Infraestructura. Debe identificarse los predios necesarios, emitir un informe

¹⁴ **Artículo 176. Inicio del plazo de ejecución de obra**

176.1. El inicio del plazo de ejecución de obra rige desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda. (el subrayado es nuestro).

técnico legal, el acto administrativo donde se determine la disposición de los predios en cuestión, la tasación de estos y la compensación económica. Se debe tener en cuenta que, en caso el poseedor se niegue recibir la compensación, se procede a aplicar la ejecución coactiva y de esta forma, finalmente se puede disponer de los terrenos necesarios para el proyecto de infraestructura.

Y aunque en menor grado, también es pertinente mencionar el Decreto Legislativo 1192 “Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, transferencia de propiedad del Estado, liberación de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura”.

Al respecto, dicha norma permite la expropiación de bienes inmuebles con el fin de que sean destinados para la ejecución de obras de infraestructura. Debido a la protección constitucional de la propiedad, no se permite aplicar las figuras de este decreto a otras situaciones diferentes a la construcción de obras.

Por otro lado, también hacemos mención a los Planes de Compensación y Reasentamiento Involuntario (PACRI), cuyos lineamientos son redactados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En estos planes se busca garantizar los derechos de las personas que se vieron afectados por la ejecución de estas obras y que, debido a la necesidad de disponer de sus predios, son desplazados de forma involuntaria. Entonces, el objetivo de estos planes es reducir lo más que se pueda la afectación al modo de vida de las personas que se vieron comprometidas por la ejecución de las obras.

Asimismo, es importante señalar que, en el presente caso, también se hizo uso de esta herramienta para mitigar las afectaciones que se habrían producido por la ejecución de las obras de la Av. Néstor Gambetta.

Entonces, se puede apreciar que progresivamente en la normativa peruana se ha intentado brindar soluciones al problema de la disponibilidad de terrenos, y es que no es para menos, pues es imprescindible que se tenga la garantía de que la zona en la que se realizaran las obras, estén liberadas, sin ningún gravamen o contingencia que pueda traducirse en un retraso de la ejecución, lo

que puede implicar un sobrecosto tanto para la Entidad como para la Empresa o Consorcio que se encuentre realizando el proyecto.

Por otro lado, el hecho de que, en la normativa de contrataciones públicas, se haya flexibilizado el tema de la entrega de terrenos, da cuenta de que se ha reconocido la dificultad que tiene la Administración Pública para garantizar este elemento, lo cual es ciertamente positivo, ya que en vez de tener normas que no responden a la realidad, adecuan estas a los problemas.

De esta forma, si acudimos a la Opinión N° 122-2009 (cuando precisamente regía el D.L. 1017), veremos que se hizo una consulta respecto a cómo debería interpretarse la figura de la disponibilidad de terrenos, a lo que OSCE responde haciendo énfasis a lo dispuesto en la norma que era aplicable por entonces, que debía tenerse disponible en su totalidad los terrenos¹⁵.

Además, para el procedimiento de adquirir los predios que se verían comprometidos, era imperativo consultar lo dispuesto en la Ley N° 27628 “Ley que facilita la ejecución de obras viales”¹⁶ (ya derogada en la actualidad por el D.L. 1192). En dicha norma, se dispone que haya una negociación directa entre la Administración Pública y los dueños del predio afectado, pero fácilmente se puede caer en cuenta que tampoco hay una solución concreta al respecto.

En cuanto a lo dispuesto en el contrato, de acuerdo a la cláusula 4.2, para que el plazo contractual de inicio, la Entidad debía cumplir, entre otros requisitos, el literal c) que es la entrega del terreno o el lugar donde se ejecutará la obra, además, que esté libre de toda interferencia relacionada a los servicios públicos. Por otro lado, se debe tener en cuenta también el literal g), en la que se hace alusión a que la Entidad es la responsable de obtener todas las licencias y autorizaciones municipales y de entidades pertinentes, para la realización de las

¹⁵ Opinión N° 122-2009.

¹⁶ **Artículo 1.- Del procedimiento de adquisición**

La adquisición de inmuebles afectados por trazos en vías públicas se realizará por trato directo entre la entidad ejecutora y los propietarios, o conforme al procedimiento establecido en la Ley General de Expropiaciones.

obras en los predios destinados para ello. Esto porque ambos hacen alusión a la disponibilidad de terreno total.

Asimismo, se permite el inicio parcial de la obra, pero siempre y cuando se cumpla precisamente con los literales mencionados, lo que refleja nuevamente la importancia que se le da a que se cuente con los terrenos completamente a disponibilidad de La Entidad y así iniciar con la ejecución de obras, así sea de forma parcial.

Todo esto nos permite concluir que el contrato mismo adolece de no contemplar la probabilidad de que haya contingencias difíciles de solucionar y que obliguen a una entrega parcial de los terrenos, pero que, por lo menos, se dé inicio a las obras. Los literales citados dan cuenta de la importancia que se dotaba a este elemento.

Ahora bien, regresando a la duda principal de este apartado: ¿fue idónea la reforma que introduce la posibilidad de iniciar ejecución de obras con la entrega de terrenos de forma parcial? Pues después de todo lo expuesto, consideramos que sí, que ha implicado un avance significativo, sobre todo a la atención de los problemas que se presentan en la realidad de una ejecución de obra.

Y es que, reiterando un argumento ya presentado anteriormente, la propiedad como derecho en nuestro ordenamiento ha sido consagrado a nivel constitucional, lo que lo convierte en un derecho fundamental, asimismo, para procesos expropiatorios siempre se hace mediante ley y en casi todos los escenarios que se pueden plantear, no se puede hacer mediante otra forma, lo que lo vuelve en algo bastante difícil. Siguiendo por esta línea, la Administración Pública en nuestro país es muchas veces endeble o carece de políticas que garanticen la disponibilidad de terrenos, de forma efectiva y que posteriormente no se vea afectada.

Afortunadamente, el desarrollo normativo que hemos descrito en este trabajo, da cuenta precisamente de estas dificultades y por ello se ofrecen herramientas que facilitan la disponibilidad de terrenos para la ejecución de proyectos de infraestructura.

Ahora bien, sobre el caso en concreto debemos afirmar que de haber habido el desarrollo normativo que se dio en años posteriores, hubiera significado un escenario en el que no se habría contemplado un gran monto de sobrecostos y probablemente tampoco hubiera significado la derivación de la controversia a un arbitraje. De esta forma, concluimos que, en efecto, la reforma normativa significó un cambio positivo en cuanto a la disponibilidad de terrenos.

5.3. Análisis del Segundo Problema Secundario

¿Existió un conflicto entre el sistema de contratación bajo suma alzada y las solicitudes de ampliación de plazo que eventualmente se originaron en el marco del Contrato N° 022-2010-GORE CALLAO, tal como lo señala LA ENTIDAD?

Al respecto, primero debemos definir brevemente que es un sistema de contratación y sus diferencias con las modalidades de ejecución contractual.

Acudiendo al RLCE aplicable al caso que estamos estudiando (D.S. 184-2008-EF), veremos que en su artículo 40 contempla 3 sistemas de contrataciones: El sistema de suma alzada, el sistema de precios unitarios y el sistema mixto. El primero consiste en que se tienen claras las cantidades y costos de las prestaciones, lo que a su vez permite al postor ofrecer un monto fijo que es inmutable y que además tiene un plazo de ejecución determinado.

En cuanto al segundo, este se emplea cuando no se tiene claro la cantidad de prestaciones, su calidad y su complejidad de las prestaciones a realizarse, por ello la oferta se realiza de acuerdo con montos, porcentajes y precios unitarios calculados en función a los precios y costos referenciales que se consignan en las bases del proyecto. Finalmente, el tercero es una mezcla de ambos en el que el expediente técnico presenta ambas clases de elementos: determinados e indeterminados en su costo, porcentaje y magnitud.

Por otro lado, las modalidades de ejecución contractual, contempladas en el artículo 41, son 2: Llave en mano y concurso oferta. El primero consiste en que

el postor oferta la construcción equipamiento y montaje de la obra en cuestión, y de ser el caso el expediente técnico; mientras que en el concurso oferta, se ofrece la elaboración del expediente, la ejecución de la obra y de ser posible el terreno. A diferencia de la primera modalidad, el concurso oferta se realiza necesariamente bajo sistema de suma alzada.

Ahora bien, ofreciendo una respuesta a la problemática planteada para este apartado, consideramos que no hay un conflicto entre las ampliaciones de plazo que se otorgaron dentro de las actuaciones de este Contrato y el sistema de contratación, que es el de suma alzada.

De acuerdo a la pretensión reconventional de LA ENTIDAD, esta busca pronunciarse sobre la naturaleza del contrato de Obra N° 022-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, específicamente sobre sobre el sistema de contratación. Por tal motivo, El Tribunal consigna el siguiente punto controvertido a ser resuelto, antes de ahondar las otras materias controvertidas: *“Determinar si el último párrafo del numeral 4.2. de la cláusula cuarta del contrato es congruente con el sistema de contratación con las bases integradas y con el modelo de contrato”*

Pues bien, lo indicado en dicha cláusula se da de la siguiente manera:

“CUARTA: PLAZO

(...)

4.2 Inicio del Plazo de Ejecución de Obra

4.2.1

(...)

*Si el inicio anticipado o parcial de la obra afecta el ritmo, plazo o la secuencia constructiva previstos, por causas ajenas al CONTRATISTA, este tendrá derecho a la ampliación de plazo que corresponda y/o reconocimiento de los **mayores gastos generales y/o costos directos, según corresponda**” (el resaltado es nuestro).*

Vemos entonces que el contrato reconoce explícitamente la posibilidad de reconocimiento de los costos directos, asimismo, al acudir a la cláusula tercera del contrato se podrá corroborar que la base legal tiene un orden de prelación, en el que sitúa en el primer lugar al contrato. Esto implica que, al momento de interpretar alguna eventualidad, se deberá recurrir en primer orden al contrato, por lo tanto, el reconocimiento de costos directos es irrefutable.

Si bien es cierto que, en la normativa vigente de ese entonces, tanto en la LCE como en su reglamento, no se regulaba el concepto de costos directos y sus efectos, en este caso particular, el contrato sí lo hacía, por lo que es correcto acudir al mismo para regular las actuaciones relacionadas a los costos directos.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, en el caso analizado, la razón por la que se generaron costos directos, fue por entera responsabilidad de LA ENTIDAD. Tal y como se ha mencionado en este trabajo, de acuerdo a la cláusula 4.3. del contrato, una ampliación de plazo -y por lo tanto el posible reconocimiento de gastos generales y/o costos directos- procedía por razones no atribuibles al Contratista o por eventos atribuibles a la Región (numeral ii).

Una de las obligaciones expresas de LA ENTIDAD era que entregara el terreno o lugar donde se iba a ejecutar la obra, totalmente saneado, física y legalmente. Sin embargo, esto no pudo ser garantizado y es por ese motivo que debía reconocerse los costos directos.

Ahora bien, también debe tenerse en cuenta que, al firmar un contrato con estos rasgos, no significa que vaya a ser con la intención de generar pérdidas, sino con la intención de que se consiga un resultado determinado, el cual usualmente es que se genere un rédito o beneficio. Esta lógica se encuentra no solo dentro del Principio de equidad, contemplado en la LCE aplicable a ese momento, sino también del equilibrio económico financiero de los contratos.

Queda claro entonces, que, dentro del marco contractual, se habilitaba la posibilidad de reconocer los costos directos, sin embargo, es importante precisar

y ahondar en el concepto de suma alzada para que se demuestre que lo estipulado en el contrato, no entra en conflicto con lo otro.

Así pues, el contrato de suma alzada es aquel que determina que el contratista sea el que provea los materiales, herramientas, mano de obra, maquinarias y gestión de la obra para que esta pueda ser llevada a cabo. Esto, evidentemente es a cambio de un precio -en teoría- final e invariable. Sin embargo, puede presentarse el caso de que excepcionalmente dicho precio deba modificarse por causales bastante específicas.

Estas causales son aquellas que impliquen forzosamente una modificación contractual de gran magnitud, y que en el presente caso se traduce en la ampliación de plazo de ejecución contractual. En la normativa vigente de ese entonces, eran varios los artículos que hacían referencia a ello, pero para el caso concreto nos referiremos a uno: el artículo 200 (causales de ampliación de plazo). En el corpus de dicho artículo se dice lo siguiente:

Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por 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.*

(...)

Aterrizando nuevamente en el caso concreto, se ha demostrado a lo largo del presente trabajo que las causas por las cuales EL CONSORCIO no cumplió sus obligaciones dentro del plazo de ejecución contractual, fue debido a razones imputables al GORE CALLAO y es a raíz de este incumplimiento que se empezaron a otorgar ampliaciones de plazo contractual, con el fin de que el contrato se ejecutara y finalmente, concluyera. Vemos entonces que se cumple lo dispuesto en el artículo 200.

Para reforzar este argumento, recurramos a la Opinión N°226-17/DTN del OSCE que determina lo siguiente:

(..)

En esa medida, en un contrato de obra ejecutado bajo el sistema a suma alzada, una Entidad podía otorgar la ampliación del plazo solicitada por el contratista, cuando se configurara alguna de las causales establecidas en el artículo 200 del anterior Reglamento, y siempre que ésta modificara la ruta crítica del programa de ejecución de la obra que se encontrara vigente al momento de dicha solicitud.

(...)

De esta forma, se puede concluir que, en caso se incurriera en alguna causal, la normativa permitía la modificación de contrato, lo que a su vez significaba la alteración del factor económico previamente determinado, sin que esto significase una desnaturalización absoluta del contrato a suma alzada. Lo que la normativa contempló fue proponer mecanismos que pudieran garantizar el equilibrio económico del contrato, en caso este se viera comprometido.

De igual manera, las ampliaciones de plazo son un mecanismo para garantizar el equilibrio económico financiero del contrato y su sistema a suma alzada, en la medida que todo contrato se origina con la intención de que ambas partes cumplan con lo pactado. No es posible hablar de incompatibilidad alguna, tal como alega LA ENTIDAD.

Asimismo, debido a las afectaciones económicas generadas por el incumplimiento de LA ENTIDAD, se estaban infringiendo el Principio de Equidad y el de Equilibrio económico financiero del Contrato, por lo que correspondía restaurarlos con el otorgamiento de ampliaciones de plazo y el reconocimiento de costos directos. Por lo tanto, no existe conflicto con el sistema de contratación y el reconocimiento de costos directos.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- a. En relación al problema principal, sí se computaron los costos directos. Ahora bien, consideramos que el Tribunal Arbitral al aplicar el doble descuento al monto final de costos directos reconocidos, no fundamentó en absoluto las razones de ello y por lo tanto falta al deber de motivación,

incurriendo en causal de anulación de laudo. Asimismo, esto ocasionó que el equilibrio económico financiero del contrato se infringiera y se generara un perjuicio pecuniario al CONSORCIO.

- b. La normativa que precedió al Decreto Legislativo 1017 tuvo el mismo problema de la disponibilidad de terrenos, desde la primera norma de contrataciones, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1997, y es recientemente que se busca ofrecer una respuesta, pues en la Ley 30225 de 2015 y posteriores, se empieza a regular, lo que demuestra la voluntad del legislador en querer abordar este tema.
- c. El sistema de contratación a suma alzada no presenta conflictos con las ampliaciones de plazo, tal como alegaba LA ENTIDAD, toda vez que estos son mecanismos para resguardar el equilibrio económico financiero; por otro lado, el reconocimiento de costos directos, fue estipulado en el Contrato, con el propósito de que, en el caso concreto, se emplearan para restaurar el Principio de Equidad y el equilibrio económico financiero del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

DANOS, J. (2006). “*El régimen de los Contratos Estatales*”. Revista de Derecho Administrativo. En: VI Jornadas de Derecho Administrativo y Constitucional celebradas en la Universidad Externado de Colombia, 9-44.

FERNÁNDEZ, J. (2015). “*El Contrato Administrativo y la Licitación Pública*”. Derecho & Sociedad, (44), 75-83. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14389>

IBÁÑEZ, W. (2010). “*Costos y Tiempos en Carreteras*”. Lima: Empresa Editora Macro, 2010.

LEDESMA, M. (2009). "Jurisdicción y Arbitraje". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2009).

MIRANDA, R. (2010). "*Ampliación de Plazo en los Contratos de Obra Pública*". En: Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, 2010.

MORON, J. (2016). "La Contratación Estatal: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado". Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

MORON, J. y AGUILERA, Z. (2017). "Aspectos jurídicos de la Contratación estatal". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2017.

NAVAS RONDON, Carlos (2015). "El Arbitraje en las Contrataciones del Estado". Lima: Ediciones Legales, 2015.

SOLOGUREN, H. (2016). "*La desnaturalización de los contratos a suma alzada en el Ley de Contrataciones del Estado en el caso de Obras*". Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis. Año 2, 87-101. Recuperado a partir de: <https://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/509>

REGGIARDO, M. (2013). "*Derecho de defensa y defectos de motivación como causales de anulación de laudo*". *Advocatus*, (029), 205-214. Recuperado a partir de: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4248>

RODRIGUEZ, L. (2011). "*El equilibrio económico en los contratos administrativos*". *Derecho PUCP*, (66), 55-87. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>

Revista De Costos Y Presupuestos En Edificación De CAPECO.

Recuperado a partir de:

https://www.academia.edu/19650966/CAPECO_Costos_Y_Presupuestos_En_Edificacion_Peru

Normativa:

Contrato de Elaboración de Expediente Técnico del Estudio Definitivo y Ejecución de Obra.

Ley N° 26850 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”.

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Ley 30225 de 2014 y reglamento.

Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto de Urgencia N° 003-2020

Decreto Legislativo N° 1192.

Decreto Legislativo N° 1071.

Sentencias:

Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 0728-2008-PHC/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 06167-2006-PHC/TC

Opiniones y Directivas del OSCE:

Opinión N° 165-2019/DTN

Opinión N° 064-2016/DTN

Opinión N.º 011-2020/DTN

Opinión N°226-2017/DTN

Opinión N° 168-2018/DTN

Opinión N° 023-2018/DTN

Opinión N° 122-2009/DTN

Directiva N° 005-2020-OSCE/OD

ANEXOS

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
Laudo Arbitral de Derecho
Caso Arbitral N° 2728-2013-GCL
Arbitraje seguido por Consorcio Nueva Gambetta y Gobierno Regional del Callao

Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima

2015 DIC 2 PM 6 44

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

CASO ARBITRAL

CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Y

GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ÁRBITRO JOSÉ TALAVERA HERRERA E
INTEGRADO POR LOS ÁRBITROS ELIO OTINIANO SÁNCHEZ Y RONY SALAZAR
MARTÍNEZ

Resolución N° 21

Lima, 1 de diciembre del 2015.

I. VISTOS:

1. Existencia del Convenio Arbitral:

1. Las partes suscribieron el Contrato N° 022-2010-Gobierno Regional del Callao.

2. El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Trigésimo Segunda del mencionado Contrato.

"32.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que se derive de la ejecución o interpretación del Contrato, incluida la que se refiera a su nulidad e invalidez, se resolverá mediante los procedimientos de 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 N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por Ley.

32.2 En caso se opte por una conciliación que concluya por inasistencia de una o ambas partes, con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente.

32.3 El Arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros; y será administrado y organizado bajo las reglas del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

32.4 El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia."

2. **Antecedentes del presente arbitraje:**

El Gobierno Regional del Callao encargó al Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo (PNUD) para que a través de la UNOPS se encargue de la Licitación Pública Internacional, para elegir al Contratista que ejecutará el Proyecto "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta Callao".

Como resultado de dicho proceso de selección, el Consorcio Nueva Gambetta resultó adjudicatario de la Buena Pro. Las partes suscribieron el Contrato de Obra N° 022-2010-Gobierno Regional del Callao el 20 de agosto de 2010, a través del cual el Gobierno Regional del Callao contrató al Consorcio Nueva Gambeta, a fin de que elabore el Expediente Técnico Definitivo y ejecute la Obra del Proyecto "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta - Callao", Primera Etapa que incluye el framo de acceso al Terminal Marítimo del Callao por el Muelle Sur.

Resultan aplicables a la presente controversia, el Contrato y las normas nacionales en materia de Contrato de Obra previstas en las normas sobre Contrataciones con el Estado. Concretamente, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo No. 1017; en lo sucesivo, la

Ley; y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF; en lo sucesivo, el Reglamento.

3. Desarrollo del arbitraje y actuaciones arbitrales:

1. El presente arbitraje es el resultado de la acumulación de siete peticiones de arbitraje formuladas por el Consorcio Nueva Gambetta, quedando consolidadas todas ellas en el presente Caso Arbitral N° 2728-2013-CCL.
2. De conformidad con las reglas contenidas en el Convenio Arbitral antes citado, el Consorcio Nueva Gambetta designó al árbitro Elio Otiniano Sánchez; por su lado, el Gobierno Regional del Callao designó al árbitro Rony Salazar Martínez. Posteriormente, se designó al doctor José Talavera Herrera como Presidente del Tribunal Arbitral.
3. El 31 de marzo de 2014 se procedió a la instalación del Tribunal Arbitral, habiéndose designado a los árbitros, teniendo en Centro a su cargo la organización y administración del arbitraje y, fijando como sede el local institucional, se otorgó un plazo de 20 días al Consorcio Nueva Gambetta para que presente su escrito de demanda.
4. Dentro del plazo, el Consorcio Nueva Gambetta presentó su escrito de demanda el 30 de abril de 2014, ofreciendo diversos medios probatorios, entre ellos, el peritaje a cargo del Ingeniero Carlos López Avilés con Registro CIP 16565.
5. La demanda fue admitida por el Tribunal por Resolución N° 01, de fecha 06 de mayo de 2014. Se confirió traslado al Gobierno Regional para que presente su contestación de demanda en un plazo de 20 días.
6. El 09 de junio de 2014, el Gobierno Regional del Callao, dentro del plazo otorgado presentó su escrito de contestación de demanda y ofreció diversos medios probatorios. A través de la Resolución N° 02 se admitió el

¹ En el presente arbitraje se acumularon los reclamos del Consorcio Nueva Gambetta contra el Gobierno Regional del Callao a propósito de los siguientes siete (7) pedidos de Ampliación de Plazo, Pago de Mayores Gastos Generales y pago de Mayores Costos Directos; Ampliación de Plazo N° 06 [Expediente N° 2741-2013-CCL], Ampliación de Plazo N° 07 [Expediente N° 2746-2013-CCL], Ampliación de Plazo N° 08 [Expediente N° 2817-2014-CCL], Ampliación de Plazo N° 09 [Expediente N° 2818-2014-CCL], Ampliación de Plazo N° 10 [Expediente N° 2819-2014-CCL], Ampliación de Plazo N° 11 [Expediente N° 2842-2014-CCL], Ampliación de Plazo N° 12 [Expediente N° 2728-2014-CCL].

escrito y los medios probatorios presentados por la parte demandada. En dicho mismo acto se convocó a las partes a una Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento a llevarse a cabo el 30 de junio de 2014.

7. En la Audiencia referida se fijaron los siguientes Puntos controvertidos, en función a las pretensiones contenidas en el escrito de demanda presentado por el Consorcio Nueva Gambetta:

- *Determinar si corresponde o no que se reconozca y otorgue a Consorcio Nueva Gambetta la Ampliación de Plazo No. 12, que habría sido solicitada por Carta N° 064.14 MNG-OBRA.01.03.03 de fecha 07 de febrero de 2014, por treinta y cinco (35) días calendario respecto del 16 de agosto de 2014 (fecha actual de término contractual de la Obra conforme a la Ampliación de Plazo concedida por el Gobierno Regional del Callao mediante Resolución 005.1-2014-GRC-GOR de fecha 06 de enero de 2014), por el retraso no imputable a Consorcio Nueva Gambetta que habría generado por la falta de entrega del terreno: del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en la fecha prevista en el Calendario de Avance de Obra vigente.*
- *Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene al Gobierno Regional del Callao pagar a favor del Consorcio Nueva Gambetta, por concepto de Mayores Gastos Generales - Obra Principal, la suma de S/. 2'144,111.79 de Nuevos Soles, más IGV y los intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha efectiva de pago.*
- *Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene al Gobierno Regional del Callao pagar a favor del Consorcio Nueva Gambetta, por concepto de Mayores Gastos Generales Variables - Presupuesto Adicional 04, la suma de S/. 703,844.34 Nuevos Soles, más IGV e intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente*

D
A
P

demanda y hasta la fecha efectiva de pago, monto que correspondería al total de Mayores Gastos Generales Variables. Presupuesto Adicional 04, que fuera reclamado junto con nuestros pedidos de Ampliación de Plazo No. 07, 08 y 10.

- Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordena al Gobierno Regional del Callao pagara favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 4'295,777.67, más el IGV y los intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha efectiva de pago, por los Costos Directos en que se habría incurrido por la paralización y/o inactividad de equipos como consecuencia de la no entrega oportuna y libre de interferencias del terreno, por causas no imputables al Consorcio Nueva Gambetta, y que fueran reclamados junto a nuestros diversos pedidos de Ampliación de Plazo, monto que corresponde al saldo que no habría reconocido aún el Gobierno Regional del Callao, siendo que, a la fecha, se le habría reconocido al Consorcio Nueva Gambetta sólo una parte de los Costos Directos reclamados con sus pedidos de Ampliación de Plazo N° 06, 09 y 10, rechazando el pago de aquellos Costos Directos reclamados junto con su pedido de Ampliación de Plazo N° 12.

- Determinar si corresponde o no que se ordene al Gobierno Regional del Callao reembolse a favor del Consorcio Nueva Gambetta los gastos arbitrales (costos y costas) incurridos a propósito del presente proceso arbitral.

8. En la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento, el Tribunal, además otorgó al Consorcio Nueva Gambetta un plazo de 30 días para que presente peritaje ofrecido en su escrito de demanda. Dicho plazo fue prorrogado, a pedido de la parte demandante, por quince 15 días adicionales a través de la Resolución N° 03.

9. El 28 de agosto, el Consorcio Nueva Gambetta presentó un escrito adjuntando el peritaje de parte elaborado por el ingeniero Carlos López, conforme a lo ofrecido en su escrito de demanda.
10. Por Resolución N° 04, el Tribunal tuvo por presentado el peritaje y concedió al Gobierno Regional del Callao un plazo de cuarenta y cinco (45) días a fin de que precise lo que estime conveniente.
11. El 11 de noviembre de 2014, el Gobierno Regional del Callao presentó un escrito, en el que adjuntó Informes a través de los cuales formuló una serie de observaciones al peritaje de parte presentado por el Consorcio Nueva Gambetta.
12. Dicho escrito fue puesto a conocimiento de la parte demandante a través de la Resolución N° 05. Asimismo, se citó a las partes a una Audiencia de Sustentación de Peritaje que se llevaría a cabo el 04 de diciembre de 2014. Sin embargo, dicha Audiencia fue posteriormente suspendida por el Tribunal, reprogramándose para el 10 de marzo de 2015.
13. En paralelo, el Gobierno Regional del Callao solicitó al Tribunal la realización de un peritaje dirimente. Dicho pedido fue rechazado por el Tribunal por Resolución N° 10. No obstante ello, dejó a salvo el derecho de la parte demandada para que, de considerarlo pertinente, presente un peritaje de parte.
14. El 09 de marzo de 2013, el Gobierno Regional del Callao presentó un escrito a través del cual adjuntó un Informe Técnico, el cual fue puesto a conocimiento del Consorcio Nueva Gambetta en la Audiencia de Sustentación de Peritaje que se llevó a cabo un día después. Esto es, el 10 de marzo de 2013.
15. El 24 de marzo de 2015, el Consorcio Nueva Gambetta presentó un escrito absolviendo las alegaciones técnicas expuestas por el Gobierno Regional en el Informe Técnico presentado el 09 de marzo de 2013.
16. Por Resolución N° 10 de fecha 25 de marzo el Tribunal admitió como prueba el Informe Técnico presentado por el Gobierno Regional en su escrito del 09 de marzo de 2014 y, además, el Tribunal confirió traslado al Consorcio

Nueva Gambetta del escrito presentado por la parte demandada el 19 de marzo de 2015.

17. Luego, el Tribunal por Resolución N° 12, citó a las partes a una Audiencia de Ilustración a llevarse a cabo el 28 de abril de 2015. En dicha Audiencia el Gobierno Regional del Callao planteó una nueva discusión relacionada a una cláusula del Contrato.

18. El 05 de mayo de 2015, el Gobierno Regional del Callao solicitó al Tribunal se acumule la siguiente pretensión:

"PETITORIO: Que, conforme al estado del proceso y habiéndose establecido en el seno de las audiencias realizadas en la presente causa, en virtud del principio del contradictorio, que dentro de la convocatoria al CONCURSO - OFERTA donde obtuvo la "Buena Pro" el Consorcio demandante (firmado el Contrato de Obra N° 022-2010-Gobierno Regional del Callao Ejecución de Obra (EN ADELANTE "EL CONTRATO") para la "Elaboración del Expediente Técnico Definitivo y la Ejecución de la obra en los tramos I, II, III, IV y V del proyecto Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta Callao que incluye el tramo de acceso al Terminal Marítimo del Callao por el Muelle Sur")), éste formuló varias consultas, entre ellas si tendría derecho al pago de mayores gastos por los retrasos, **OBTENIENDO COMO RESPUESTA clara y contundente que no, en tal sentido, acudimos al Ilustre Colegio para que sirva declarar mediante laudo que el último párrafo del numeral 4.2 de la cláusula cuarta del contrato antes anotado NO ES CONGRUENTE CON EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ASUMIDO en "El Contrato", NI CON LAS BASES INTEGRADAS que forman parte del contrato, NI CON EL MODELO DE CONTRATO ofertado en la convocatoria"**

19. Dicho pedido fue puesto a conocimiento de la parte demandante por Resolución N° 13, a efectos de que manifieste lo que estime conveniente. El Consorcio Nueva Gambetta el 26 de mayo de 2015 se opuso a la acumulación solicitada por el Gobierno Regional del Callao.

20. El Tribunal, por Resolución N° 14, resolvió admitir la acumulación de la nueva pretensión formulada por el Gobierno Regional del Callao. En ese sentido, en dicha Resolución, le otorgó al Consorcio Nueva Gambetta un plazo de diez (10) a fin de que formule su defensa.
21. Asimismo, en dicha Resolución determinó incorporar el siguiente punto controvertido: *"Determinar si el último párrafo del numeral 4.2 de la cláusula cuarta del contrato es congruente con el sistema de contratación, con las bases integradas y con el modelo de contrato."*
22. Dentro del plazo otorgado, el 24 de Julio de 2014, Consorcio Nueva Gambetta presentó su escrito sumillado "contestamos pretensión declarativa de la Región". Dicho escrito se tuvo por presentado a través de la Resolución N° 15.
23. En ese mismo acto, el Tribunal convocó a las partes a una Audiencia Especial a llevarse a cabo el 06 de agosto de 2015, a fin de que las partes discutan sobre la nueva pretensión incorporada al proceso. Dicha Audiencia fue reprogramada para una fecha posterior, el 19 de agosto de 2014.
24. En dicha Audiencia, el Tribunal dispuso el cierre de la instrucción y otorgó un plazo de 10 días para que ambas partes presentes sus alegatos finales. El Consorcio Nueva Gambetta, el 02 de setiembre de 2014, presentó su escrito resumiendo su posición.
25. Luego de ello, el Tribunal citó la Audiencia de Informes Orales para el 28 de setiembre de 2015. Luego de culminada dicha Audiencia, el Tribunal dispuso el cierre de la instrucción y fijó un plazo de 30 días para emitir el Laudo correspondiente, el cual ha sido prorrogado por 15 días adicionales, por Resolución N° 20.
26. Cabe precisar que con fecha 29 de setiembre de 2015 el Gobierno Regional del Callao presentó un informe escrito, el cual fue proveído mediante Resolución N° 19, de fecha 12 de octubre de 2015.

II. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Este Tribunal confirma lo siguiente:

- El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el Contrato, en la Ley y en el Reglamento del Centro.
- La Demandante y el Demandado han cumplido con presentar sus escritos de demanda y contestación, respectivamente.
- Las partes han tenido plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa, al presentar los escritos que estimen pertinentes, ofrecer y actuar pruebas; y sobre todo participar en las diversas Audiencias que el Tribunal ha convocado en el presente arbitraje.

Este Tribunal deja constancia que en el análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y alegaciones efectuadas por las partes a lo largo del presente arbitraje, así como todos los medios probatorios aportados. Sobre la base de un análisis jurídico y valoración conjunta de las pruebas actuadas se ha arribado a las conclusiones que se enuncian en la parte resolutive del presente Laudo. En ese sentido, la no referencia a un argumento o a una prueba, de ninguna manera supone que no hayan sido tomados en cuenta por este Tribunal.

2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Previo al análisis de cada uno de los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje, este Tribunal estima pertinente pronunciarse sobre una alegación del Gobierno Regional del Callao que afecta a todas las pretensiones. La parte demandada ha afirmado que las resoluciones a través de las cuales el Gobierno Regional rechazó directamente los diversos reclamos formulados por el Consorcio Nueva Gambetta en Obra habrían quedado

consentidas, razón por la que no debían admitirse los pedidos formulados por el Consorcio Nueva Gambetta.

Para analizar lo alegado por la parte demandada, este Tribunal considera necesario revisar el Convenio Arbitral contenido en el Contrato, en el que, en líneas generales, se estableció que cualquier controversia que surja en Obra entre las partes, deberá ser resuelta ante un Centro de Conciliación o a través de un arbitraje.

De acuerdo a lo mencionado por las partes, en Obra el Consorcio Nueva Gambetta solicitó a su contraparte, el Gobierno Regional del Callao, el reconocimiento de Ampliaciones de Plazo, pago de Mayores Gastos Generales y de los mayores Costos Directos Incurridos. Estos reclamos fueron rechazados, total o parcialmente, por la Entidad. Así, surgió una controversia entre las partes, que dio lugar a que el Consorcio Nueva Gambetta iniciara el procedimiento de conciliación respectivo, y luego el presente proceso arbitral. Este Tribunal considera que el Consorcio Nueva Gambetta ha seguido los pasos indicados en el Convenio Arbitral, cuestionando desde un inicio la negativa del Gobierno Regional del Callao, resultando suficiente dicho cuestionamiento para que este Tribunal se pronuncie sobre si corresponde o no el reconocimiento y otorgamiento de los derechos materia de reclamo.

De ese modo, este Tribunal no coincide con lo expuesto por el Gobierno Regional. De hecho, este Colegiado no considera que el Contratista deba impugnar formalmente la validez y/o ineficacia de las resoluciones que emita la Entidad contratante, en tanto lo relevante es que, al producirse una controversia entre las partes, ésta sea discutida en sede arbitral.

Ahora, el Tribunal Arbitral estima conveniente pronunciarse, en primer lugar, sobre el punto controvertido referido a la pretensión reconvenzional formulada por el Gobierno Regional del Callao, dado que la misma supone un análisis previo sobre el Contrato de Obra que regula las obligaciones entre las partes, análisis que servirá posteriormente para el pronunciamiento del Tribunal sobre los demás puntos controvertidos que se fijaron a propósito de las pretensiones formuladas por el Consorcio Nueva Gambetta.

2.1. CORRELACIÓN A LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR EL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

Punto Controvertido: *Determinar si el último párrafo del numeral 4.2 de la cláusula cuarta del contrato es congruente con el sistema de contratación con las bases integradas y con el modelo de contrato.*

Posición del Gobierno Regional del Callao

1. El Gobierno Regional del Callao indica que el último párrafo de la cláusula 4.2.1 del Contrato de Obra sería "incongruente" con la modalidad a suma alzada, las bases integradas y la proforma del Contrato.
2. El extremo cuestionado por el Gobierno Regional del Callao, cláusula 4.2.1. del Contrato, dispone lo siguiente:

"Si el inicio anticipado o parcial de la obra afecta el ritmo, plazo o la secuencia constructiva previstos, por causas ajena a El CONTRATISTA éste tendrá derecho a la ampliación de plazo que corresponda y/o reconocimiento de los gastos generales y/o costos directos incurridos, según corresponda."

3. En primer lugar, el Gobierno Regional del Callao indica que el Contrato de Obra se suscribió bajo la modalidad de suma alzada, lo cual significa, en su entendimiento, que el precio pactado es invariable. El Contratista, al someterse a este tipo de contratación, debió prever todos los riesgos y ofertar el monto que finalmente cobraría por ejecutar la Obra.
4. Con relación a las Bases Integradas, el Gobierno Regional del Callao afirma que en ellas se habría precisado que no cabría el reconocimiento de Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales y Costos Directos. Concretamente, se refiere a las Respuestas de las Consultas N° 92, 108 y 189. Finalmente, presenta la Proforma del Contrato e indica que de la revisión de la misma se aprecia que la cláusula cuestionada (último párrafo de la cláusula 4.2.1) no había sido incluida.

Posición del Consorcio Nueva Gambetta:

1. El Consorcio Nueva Gambetta contesta la pretensión formulada, negándola y contradiéndola en todos sus extremos. Así, sostiene que la pretendida declaración de "incongruencia" señala que sería inocua, en tanto carece de cualquier efecto jurídico y práctico.
2. Además, indica que la cláusula 4.2.1 del Contrato es un acuerdo válido y exigible entre las partes, pues está contenido en el Contrato que el Gobierno Regional del Callao alcanzó al Contratista para su firma. También afirma que el Gobierno Regional del Callao aplicó la mencionada cláusula durante todos los años que el Contrato viene ejecutándose para resolver los diversos reclamos que el Contratista ha formulado en Obra, sin haber invocado que dicha cláusula era incongruente.
3. Por otro lado, indica que no es cierto que la cláusula bajo análisis sea incongruente con el tipo de contrato a suma alzada, las Bases Integradas y la Proforma del Contrato. Con relación al primero de los cuestionamientos indica que la misma Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento reconoce una serie de derechos a favor del Contratista, incluso en los Contratos a suma alzada. En cuanto al segundo cuestionamiento, sostiene el Consorcio que las Bases Integradas se encuentran en segundo orden de prelación, por debajo del Contrato, por lo que las Respuestas a las Consultas no afectan el sentido de lo indicado en el Contrato. Finalmente, sobre la Proforma del Contrato, enumeran una serie de modificaciones, adicionales a la incorporación del último párrafo de la cláusula 4.2.1 del Contrato, que la Proforma del Contrato habría sufrido.

Posición del Tribunal Arbitral:

1. Según lo afirmado por las partes y lo indicado en los documentos aportados como prueba, el proceso selección fue realizado bajo la modalidad de una Licitación Pública Internacional, a cargo de la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), el cual dirige el proceso de selección en base a sus propias reglas.

2. Por ello, este Tribunal estime conveniente evaluar la forma en qué dicho proceso de selección fue conducido. En ese sentido, consideramos adecuado evaluar la norma "IGO 37.1" invocada en el arbitraje.

"La Entidad contratante, al notificar al Oferente seleccionado que su oferta ha sido aceptada, le enviará simultáneamente el Modelo de Contrato incluido en la Sección 5 de los Documentos de la Licitación."

3. De dicha norma, el Tribunal Arbitral advierte que era el Organismo Licitante (representante del Estado) el encargado de llevar adelante el proceso de selección. Como tal, era el responsable de impulsar el mismo, de verificar el cumplimiento de los requerimientos exigidos a los postores y, finalmente de entregar la versión final de Contrato al Contratista para su suscripción.
4. El Tribunal, de la lectura de las normas de la Ley y su Reglamento, concluye que lo anteriormente señalado es concordante con la lógica que se aplica en toda contratación estatal. En efecto, según los artículos 35 de la Ley y 148 del Reglamento, este Tribunal ha constatado que la Entidad que dirige el proceso de selección es la que finalmente define la versión final del Contrato incorporando las modificaciones que estime pertinentes, que será el documento que el Contratista y la Entidad suscribirán.
5. Los extractos pertinentes de las normas que permiten al Tribunal arribar a dicha conclusión, son:

"Artículo 35.- Del Contrato: El Contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección."

"Artículo 148.- Plazos y Procedimiento para suscribir el Contrato; Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:
1. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin media citación alguna, el postor ganador deberá presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases. Asimismo, dentro de los (3) días hábiles siguientes a la presentación de

dicha documentación, deberá concurrir ante la Entidad para suscribir el Contrato, (...)"

6. Agrega este Tribunal, que independientemente de lo acontecido en el proceso de selección, la Ley establece la obligatoriedad de lo acordado en el Contrato finalmente suscrito por las partes. El artículo 142 del Reglamento expresamente señala:

"Artículo 142.- (...) El Contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obra se regulan, además por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

7. El Código Civil, norma aplicable supletoriamente a la presente controversia, contiene una norma en ese mismo sentido. El artículo 1362 del referido cuerpo normativo dispone lo siguiente:

"Artículo 1361 del Código Civil - Obligatoriedad del contrato: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

8. Sobre ello, en doctrina también remarca la importancia de exigir el cumplimiento de los contratos según lo pactado. Según ROPPO, "el contrato es medio insustituible de organización y funcionamiento de las relaciones sociales y económicas. Pero no podría desplegar tales funciones, si no bajo presupuesto de su valor vinculante para las partes. (...) El contrato no nace, si no existe acuerdo (voluntad común) de las partes; por consiguiente, el vínculo contractual surge por voluntad de la misma parte que la parte es libre de no hacer el contrato (hasta el último puede revocar la oferta o aceptación), pero si lo hace está vinculada a sus efectos; y de tal vínculo no puede lamentarse, porque es un vínculo que ha asumido voluntaria y libremente (...)." De la misma forma, a entender de MESSINEO "(...) las partes

no pueden sustraer al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto, y en cada una de sus cláusulas".³

9. De lo previamente reseñado este Tribunal, es claro que la cláusula cuya declaración de incongruencia solicita el Gobierno Regional fue incorporada en el texto final del Contrato por la propia Entidad, por lo que al ser aceptado por el Contratista resulta exigible para las partes firmantes; es decir, tanto para el Gobierno Regional como para el Consorcio Nueva Gambetta.
10. No obstante ello, el Tribunal considera pertinente evaluar si dicha cláusula pese a haber sido incorporada por el propio Organismo Licitante y resultar vinculante para el Gobierno Regional del Callao y el Consorcio Nueva Gambetta resulta contradictoria con alguna disposición de la Ley y el Reglamento que perjudique la aplicación de la misma en la presente controversia.
11. En primer lugar este Tribunal se referirá a la denunciada incongruencia del último párrafo de la cláusula 4.2.1 con el tipo de contrato a suma alzada. El Gobierno Regional afirma que es incompatible el reconocimiento de los derechos indicados en dicha cláusula (Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales y Costos Directos) con los contratos a suma alzada.
12. Para ello, este Tribunal estima pertinente analizar las disposiciones de la Ley y Reglamento. El artículo 40 del Reglamento regula los sistemas de contratación del siguiente modo:
- "Artículo 40.- Sistema de Contratación:
- De acuerdo a lo establecido en el artículo 26°, inciso e) de la Ley, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación. Los sistemas de contratación son:
- 1) Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor

³ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Ará Editores. Primera Edición. 2007, p. 565.

formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución."

13. El Tribunal advierte que en los contratos a suma alzada, el precio pactado está sujeto a la cantidad, calidad, magnitud de Obra y el plazo de ejecución contratada. No obstante ello, el Colegiado considera importante evaluar si, de acuerdo a las normas sobre Contrataciones del Estado, el reconocimiento de un monto adicional al precio pactado está prescrito para aquellos Contratos de Obra suscritos bajo la modalidad concurso oferta - suma alzada.
14. Este Tribunal, en base a la revisión de los artículos 49⁴, 200⁵, 202⁶ y 207⁷ del Reglamento, constata que el sistema de contratación pública permite establecer mecanismos para devolver el equilibrio económica en caso éste se vea comprometido. Específicamente, en los Contratos de Obra pactados en moneda nacional (incluyendo aquellos que hayan sido suscritos bajo la modalidad de suma alzada) también se aplican fórmulas de reajuste de precios que aseguran que el Contratista, a medida que ejecuta la Obra, perciba la contraprestación adecuada, independientemente de las variaciones que los insumos que sufran en el tiempo.

⁴ "Artículo 49.- Fórmulas de reajuste: (...) 2. En el caso de contratos de obra pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los índices Unificados de Precios de Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización. (...)"

⁵ "Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo: De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista (...)"

⁶ "Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual: Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales. (...)"

⁷ "Artículo 207.- Prestaciones Adicionales de obras menores al quince por ciento (15%): En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para la cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

15. Adicionalmente, la Entidad también está facultada a otorgar Ampliaciones de Plazo, reconocer Mayores Gastos Generales y aprobar Prestaciones Adicionales de Obra y sus Presupuestos Adicionales cuando se presentan situaciones no imputables al Contratista que amerita que las condiciones inicialmente pactadas cambien. El Tribunal considera que dicho razonamiento es coherente con la obligación que impera en todo contrato de mantener la ecuación económico-financiera que existió al momento de su celebración.

16. Cuando las partes llevan adelante un Contrato lo hacen porque tienen interés en la obtención de un resultado determinado. En el caso de un Contrato de Obra, una de las partes tiene interés en procurar la construcción de una estructura y, la otra, de percibir la contraprestación debida. La forma de asegurar que ello resulte beneficioso para ambas partes contratantes es asegurar que ambos perciban aquello que previeron recibir al momento de contratar.

17. La doctrina que se pronuncia sobre el Derecho Administrativo reconoce que el mantenimiento del equilibrio de la ecuación financiera se consigue protegiendo el resultado que perseguían los contratantes; es decir, que se logren las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato bajo las condiciones establecidas al inicio.

18. Sobre ello, MARIENHOFF indica:

"El contratante al celebrar su contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sólo sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.) sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc.; no ha de olvidarse, como bien se ha dicho que el contratante es un particular que busca en el contrato administrativo su interés financiero, que a su vez se concreta en la remuneración que le reconoce el contrato. El contrato, celebrado con el compromiso recíproco de ambas partes, le asegura al contratante la obtención de ese beneficio.

Precisamente, ese es el motivo que determino al contratante a contratar. Cuando ese beneficio, sea por causas imputables a ésta, sobrevivientes e imprevisibles en el momento de contratar -y que reúnan determinadas características- sufra un menoscabo, el contratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o a que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Esto es lo que se llama "derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera."⁹

19. En ese mismo sentido, DROMI, afirma:

"Cuando el contratista estima su precio y lo manifiesta en su oferta, lo hace teniendo en cuenta la situación económico-financiera existente en el momento de presentar su propuesta. Pero puede ocurrir que tal situación se vea alterada por causas ajenas a ella, las cuales vienen a modificar el equilibrio económico-financiero originario (...) En tales situaciones, el contratista tendrá el derecho primordial y básico a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación financiera del contrato (...)."⁹

20. Así también BEZZI señala:

"Cuando por actos del poder público, producidos por hechos ajenos al contratista o por causas de fuerza mayor, inevitable para éste, se ha perturbado el ritmo de ejecución de los trabajos con demoras o paralizaciones totales o parciales que afectan la organización empresarial de la obra, se produce un desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, cuyo correctivo es la indemnización por gastos improductivos."¹⁰

21. De este modo, el Tribunal no comparte lo alegado por el Gobierno Regional, en tanto luego de la revisión de las normas y la doctrina, el Colegiado ha llegado a la conclusión que los derechos que se reconocen en el último párrafo de la cláusula 4.2.1 del Contrato no son incompatibles con los

⁹ Citado por BEZZI, Oswaldo en "El Contrato de Obra Pública", Edil. Abeledo-Perrot, p. 204.

⁹ DROMI, Roberto, "Licitación Pública", Edil. Ciudad Argentina, Segunda Edición, P. 518
¹⁰ BEZZI, Oswaldo en "El Contrato de Obra Pública", Edil. Abeledo-Perrot, P. 250.

contratos a suma alzada. Por el contrario, responden a un interés legítimo que asegure que a lo largo de la ejecución del Contrato se mantenga el equilibrio económico financiero, y que, por tanto, ambas partes contratantes perciban el beneficio que habían previsto originalmente.

22. En segundo lugar, este Tribunal estima pertinente evaluar la denunciada incongruencia con las Bases Integradas; específicamente a las respuestas proporcionadas a las Consultas N° 92, 108 y 189. Sobre este punto, el Tribunal estima pertinente destacar la cláusula Tercera del Contrato invocada por el consorcio Nueva Gambetta, que a la letra, dispone lo siguiente:

"TERCERA: BASE LEGAL

El presente Contrato se regirá en cuanto a las relaciones entre las partes por las siguientes disposiciones, de acuerdo al orden de prelación establecido a continuación:

- 1) Contrato de Elaboración de Expediente Técnico del Estudio Definitivo y la Ejecución de Obra.
- 2) Bases de la Licitación Pública y la Propuesta del CONTRATISTA, Notas aclaratorias y enmiendas (si las hubiera).
- 3) Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo No. 1017 (la LEY).
- 4) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF (el REGLAMENTO).
- 5) Código Civil peruano."

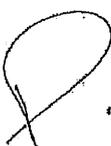
23. De la norma expuesta, el Tribunal considera que las mismas partes convinieron que ante cualquier incompatibilidad que pudiere presentarse entre las Bases Integradas y el Contrato, prevalecerá éste último, de modo que los derechos expresamente establecidos en el último párrafo de la cláusula 4.2.1 del Contrato no pueden verse afectados por lo señalado en las respuestas a las Consultas. De este modo, el Tribunal considera que no es posible alegar incongruencia alguna entre las Bases Integradas y el Contrato que pueda perjudicar el sentido de lo dispuesto en el último párrafo de la cláusula 4.2.1.

24. Asimismo, este Tribunal considera que la incorporación del último párrafo de la cláusula 4.2.1 del Contrato es posterior a la absolución de las Consultas invocadas por el Gobierno Regional del Callao. En ese sentido, el Tribunal considera que ello sólo responde a las particularidades de la Obra en cuestión, pues a través de los derechos allí reconocidos -conforme a lo establecido en la parte previa- no se hace más que asegurar el equilibrio económico del Contrato, precisando aquellos derechos que ya se encontraban reconocidos en las normas sobre Contratación Pública.



25. En cuanto a la incongruencia que existiría entre el Contrato y la proforma del Contrato, este Tribunal considera que no es posible invocar que la Proforma está "por encima" del Contrato finalmente suscrito entre las partes, en tanto como se ha expuesto previamente, los pactos contenidos en el Contrato son los que finalmente obligan a las partes. Además, se valora lo demostrado por el Consorcio Nueva Gambetta en las diversas Audiencias con relación a las diversas modificaciones que sufrió la Proforma respecto de la versión final del Contrato.

26. De la revisión de la Proforma y del Contrato presentado como prueba en el presente arbitraje, este Tribunal ha advertido lo siguiente:

- 
- En la cláusula Octava se incorporó una obligación de mejora a cargo del Consorcio Nueva Gambetta, que según lo actuado, incluso, fue materia de discusión en Caso No. 2242-2012.
 - En la cláusula Segunda se introdujeron nuevos conceptos como parte del precio.
 - La cláusula 4.2.1 no sólo sufrió la modificación cuya declaración de incongruencia pretende el Gobierno Regional, sino que también se incorporó un párrafo en el literal g) en el que se precisó cuándo el Consorcio Nueva Gambetta no tendría derecho al pago de Mayores Gastos Generales.
 - En la cláusula 4.3 se incorporó un párrafo en el que también se indicó cuándo el Consorcio Nueva Gambetta no tendría derecho al pago de Mayores Gastos Generales.
- 

27. Por lo anterior, se concluye que aun cuando en la Proforma del Contrato no se encuentra el último párrafo 4.2.1 del Contrato, esto no perjudica la aplicación de la misma, en tanto dicha Proforma no sólo no es vinculante para las partes, sino que además la misma fue objeto de diversas modificaciones, por parte de la propia Entidad, antes de obtener la versión final.

28. A lo señalado, el Tribunal considera importante agregar que en este caso resulta aplicable la conocida doctrina de los Actos Propios. Sobre ello, DEL RISCO SOTIL precisa lo siguiente:



"[...] proviene de la máxima *"venire contra factum proprium non valet"*, que significa que a nadie es permitido hacer valer un derecho en contradicción con su conducta anterior. Esta teoría impide que prosperen las pretensiones contradictorias a una posición inicial vinculante, evitando que los individuos reclamen derechos que en un primer momento hubieran podido exigir válidamente."¹¹

29. En ese mismo sentido, se afirma en doctrina que "el punto de partida en la existencia de una conducta que induce de manera razonable a la creencia de que ella en definitiva se agorará en su dirección de origen, es decir, que no se hará valer una pretensión que la contradiga."¹²



30. Sobre el ámbito público, MAIRAL afirma que la Teoría de los Actos Propios también le resulta aplicable al sostener lo siguiente:

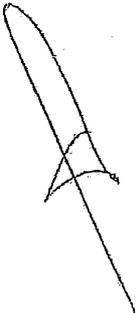
"Parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico del derecho y de la moral como lo es el de la buena fe. Esta conclusión, señala Alberti "parece la única compatible con el concepto de

¹¹ DEL RISCO, Luis Felipe. "La Doctrina de los Actos Propios", Informativo Comercial Tributario, Enero 2008, Del Estudio Jorge Luis Avendaño Valdez Abogados. Página 1, Página web: www.ejcv.com.pe

¹² EKDAHL, María Fernanda, "La Doctrina de los Actos Propios. El Deber Jurídico de no contrariar conductas propias pasadas, Editorial Jurídica de Chile. 1989, p. 31.

estado de derecho". El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales: el fin no justifica los medios.

Por otra parte, tan intensa y múltiple es la Intervención estatal en la vida cotidiana de los particulares, que la no vigencia del principio respecto de la Administración significaría que un vasto sector de las relaciones jurídicas quedarían fuera del amparo de una regla tan cardinal. Poco avanzaría el derecho si paralelamente a los progresos del derecho privado al incorporar pautas cada vez más elevadas de comportamiento, se operara la continua expansión de un derecho público que no respetara tales pautas.¹³



31. Este Tribunal comparte la posición arriba acotada, en tanto ningún sujeto de derecho debe estar exceptuado del respeto al Principio de Buena Fe ni de las consecuencias de su proceder. De lo actuado en el proceso, este Tribunal ha quedado convencido de que el Gobierno Regional del Callao ha generado en el Consorcio Nueva Gambetta la confianza legítima de que se reconocerán todos los derechos enunciados en el último párrafo de la cláusula 4.2.1, pues i) suscribió el Contrato con la cláusula 4.2.1, ii) en los cinco años de ejecución contractual no desconoció la aplicación de dicha cláusula y; sobre todo porque iii) en oportunidades anteriores durante la ejecución del contrato la Región, en base a la cláusula 4.2.1 del Contrato, reconoció Ampliaciones de Plazo, Mayores Gastos Generales y Mayores Costos Directos, aplicando directamente la cláusula contractual tantas veces mencionada.



32. En atención a lo dicho, el Tribunal advierte sendas razones por las que la incongruencia pretendida por el Gobierno Regional del Callao no debe ser amparada. En tal sentido, la pretensión reconvenzional formulada por la parte demandada deviene en INFUNDADA.

¹³ MAIRAL, Héctor. "La doctrina de los propios actos y la administración pública, Ediciones De palma. 1988. P. 52.

2.2 CON RELACION A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se reconozca y otorgue a Consorcio Nueva Gambetta la Ampliación de Plazo No. 12, que habría sido solicitada por Carfa N° 064.14 MNG-OBRA.01.03.03 de fecha 07 de febrero de 2014, por treinta y cinco (35) días calendario respecto del 16 de agosto de 2014 (fecha actual de término contractual de la Obra conforme a la Ampliación de Plazo concedida por el Gobierno Regional del Callao mediante Resolución 005.1-2014-GRC-GGR de fecha 06 de enero de 2014), por el retraso no imputable a Consorcio Nueva Gambetta que habría generado por la falta de entrega del terreno: del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en la fecha prevista en el Calendario de Avance de Obra vigente.

Posición del Consorcio Nueva Gambetta

1. El Consorcio Nueva Gambetta ha alegado que, según el Contrato y las normas sobre Contrataciones del Estado, la Entidad estaba obligada a entregar el terreno libre de interferencias en las fechas establecidas en el Cronograma de Obra.
2. A criterio del Consorcio Nueva Gambetta, el Gobierno Regional del Callao incumplió la obligación antes mencionada al entregar de manera extemporánea y con interferencias el terreno comprendido entre las progresivas Km. 01+700 al 02+740 - Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo.
3. Dicha parte sostiene que de acuerdo a lo establecido en el Cronograma de Obra N° 07, el área del Lado Derecho debía ser entregado el 30 de agosto de 2013 y el sector del Lado Izquierdo el 23 de octubre de 2013. No obstante ello, el Gobierno Regional del Callao recién logró entregar el terreno el 23 de enero de 2014 mediante Acta Complementaria al Acta de Entrega de Terreno N° 69.

4. Según afirma dicha parte, el retraso en la entrega del terreno habría impactado en la ejecución de las actividades programadas, dando lugar a una Ampliación de Plazo por ciento once (111) días, tal y como fue solicitado en la Ampliación de Plazo N° 12. Sin embargo, por dicha Ampliación de Plazo, en este arbitraje, únicamente pretenden una extensión por treinta y cinco (35) días adicionales, pues con posterioridad a la presentación de dicha Solicitud de Ampliación de Plazo, la Entidad a través de la Resolución Gerencial General Regional 005.1-2014-Gobierno Regional del Callao-GGR otorgó la Ampliación de Plazo N° 10 y dispuso como nueva fecha de término el 16 de agosto de 2014.

Posición del Gobierno Regional del Callao

1. El Gobierno Regional del Callao niega que el Consorcio Nueva Gambetta tenga derecho a la Ampliación de Plazo N° 12 solicitada, pues considera que la causal que invocó (entrega tardía del terreno libre de interferencias) no es la correcta. Como prueba de ello, la Entidad ha referido que la entrega del terreno se habría efectuado el 23 de Octubre de 2014 conforme se advierte de la lectura del Acta de Entrega de Terreno N° 69.
2. En ese sentido, afirman que la demora que alega la parte demandante se produjo por un problema social con los operadores portuarios, quienes impidieron al Contratista continuar con los trabajos previstos, siendo ésta la causal que debió invocar en su Solicitud de Ampliación de Plazo. Por ello, al existir un error en la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 no correspondería otorgarla.
3. Además, el demandado sostiene que el Tribunal debe meritarse que el Consorcio Nueva Gambetta elaboró un Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario (PACRI) defectuoso.

Posición del Tribunal Arbitral

1. Las reglas que deben ser evaluadas para determinar si corresponde o no amparar el reclamo formulado por el Consorcio Nueva Gambetta se encuentran en el Contrato de Obra y las normas sobre Contrataciones con el Estado.
2. El Contrato de Obra cuenta con una cláusula específica que regula el derecho que tiene el Contratista a una Ampliación de Plazo:

"4.3 Ampliación de Plazo

El plazo para la elaboración del Expediente Técnico y para la Ejecución de la Obra, será prorrogado por eventos que no sean atribuibles al Contratista, como son, de manera ilustrativa:

- i) Eventos calificados como de fuerza mayor o caso fortuito.
- ii) Eventos atribuibles a LA REGIÓN.
- iii) Por vicios ocultos en los terrenos, áreas o zonas que afecten la ruta crítica de ejecución de la(s) Obra(s). La afectación de la ruta crítica se calculará de acuerdo a la programación PERT -CPM correspondiente.
- iv) Por interferencias físicas en el área de intervención para la elaboración del Estudio Definitivo y la Ejecución de la Obra.

Para que proceda la ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, dentro de las 72 horas de iniciado el evento 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 ampliaciones de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, EL CONTRATISTA solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante EL SUPERVISOR.

De ocurrir una ampliación de plazo, EL CONTRATISTA presentará al Supervisor un Calendario de Avance de Obra Actualizado, en un plazo no mayor de quince (15) días calendario, debiendo el Supervisor elevarlo a LA REGIÓN, junto con un informe en el que exprese su opinión.

En todo lo no previsto, incluyendo el reconocimiento de gastos generales por ampliaciones de plazo por causas ajenas al contratista, será de aplicación lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, aprobados mediante D.L. N° 1017 y D.S 184-2008-EF respectivamente."

3. Dicha regulación es coherente con lo establecido en los artículos 41 de la Ley, 200 y 201 del Reglamento, artículos en los que se reconoce el derecho que tiene el Contratista a solicitar Ampliaciones de Plazo cuando durante la ejecución de la Obra se verifiquen situaciones que no le sean imputables, cuya ocurrencia afecte la Ruta Crítica de la Obra, generando retrasos e impactando en el plazo total de la Obra.
4. En ese sentido, corresponde al Tribunal evaluar si en la Obra se verificó la causal de Ampliación de Plazo que el Contratista alega en su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12. Además, corresponde, de ser el caso, verificar a cuántos días de Ampliación de Plazo tendría derecho el Contratista.
5. La causal invocada por la parte demandante en la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 que obra en autos es la que sigue:

"la entrega tardía del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en las fechas 30/08/2013 y 23/10/2013 respectivamente, previstas en el CAO vigente".
6. Teniendo en cuenta ello, y a la luz de los requisitos establecidos en la norma, este Tribunal estima conveniente determinar i) a cargo de quién se encontraba la obligación de entregar el terreno, a fin de determinar si le es o no imputable al Contratista, luego ii) verificar si la misma fue incumplida o no; y, finalmente iii) si dicha situación impactó en la Ruta Crítica afectando el plazo de ejecución de Obra.
7. Sobre lo primero, este Tribunal considera pertinente evaluar la cláusula 4.2.1 del Contrato de Obra:

"4.2 Inicio del Plazo de Ejecución de Obra:

4.2.1 El plazo contractual para la ejecución de la Obra, se contará desde el día siguiente que se cumplan las siguientes condiciones: (...)

c) Que LA REGIÓN entregue al Contratista el terreno o lugar donde se ejecutará la Obra saneado física y legalmente, libre de todo tipo de interferencias por servicios públicos. (...)"

8. Se ha advertido que dicha disposición contractual es concordante con lo indicado en el artículo 184 del Reglamento, Pero, además, se ha revisado la Ley y este Tribunal considera importante destacar el artículo 13 de dicho cuerpo normativo:

"Artículo 13: Características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar.- (...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. (...)"

9. De las normas citadas, este Tribunal concluye que la obligación de entregar el terreno estaba a cargo de la Entidad. Agrega este Tribunal que esta obligación suponía que, al momento de la entrega del terreno el mismo se encuentre libre de interferencias, ya que sólo de dicho modo el Contratista podría ejecutar de manera inmediata los trabajos contratados.

10. Así, dejamos por sentado que este Tribunal al momento de verificar si es que el Gobierno Regional del Callao cumplió o no con su obligación de entregar el terreno, deberá evaluar en qué momento la Entidad puso a disposición real del Contratista el terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V.

11. Sobre el segundo punto, el Consorcio Nueva Gambetta señala que el documento que prueba que la entrega del terreno materia de la Litis se efectuó el 23 de enero del 2014, de manera tardía (evento que no le es imputable), sería el Acta Complementaria al Acta de Entrega de Terreno N° 69 suscrita en dicha fecha.

12. El Gobierno Regional niega que a través de dicha Acta se haya efectuado la entrega del terreno, pues a su criterio el Acta que este Tribunal debe meritar sería el Acta de Entrega de Terreno No. 69 de fecha 23 de octubre de 2013, fecha en la que según afirman se habría cumplido con su obligación de entregar el terreno. Además, indica que éste sería el documento que acreditaría que la causal invocada en la Solicitud de Ampliación de Plazo No. 12 (la no entrega del terreno) no sería la correcta, sino que, en realidad, el terreno sí había sido entregado y que el atraso que alega el Consorcio Nueva Gambetta se debió a problemas sociales originados por terceros.

13. Estando a ello, este Tribunal estima evaluar el contenido de las Actas referidas por las partes. Por un lado el Acta referida por la parte demandante (Acta Complementaria al Acta de Entrega de Terreno N° 69 del 23 de enero de 2014) señala textualmente lo siguiente:

"En el marco de lo expuesto, se precisa que el sector antes Indicado fue entregado mediante Acta de Entrega de Terreno Parcial N° 69 de fecha 23 de octubre de 2013, a partir de la cual se iniciaron los estudios de Ingeniería por parte de la Supervisión con el fin de modificar la rasante para no comprometer las interferencias subterráneas (redes sanitarias) aún existentes en el Sector, precisando la contratista Consorcio Nueva Gambetta que sólo procedería a ejecutar la obra en el referido sector, una vez que se cuente con la aprobación de los estudios de Ingeniería por parte del Gobierno Regional del Callao.

Por tanto, siendo que a la fecha la Supervisión ha culminado los citados estudios de ingeniería y habiendo sido aprobados éstos mediante Carta N° 996-2013-GRC/GRI de fecha 23 de noviembre de 2013 y teniendo en cuenta además la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06 mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 578 de fecha 13 de diciembre de 2013, la aprobación del Plan de Desvío correspondiente así como la autorización de la Región para los trabajos a ser realizados sobre redes sanitarias, las partes dejan constancia que respecto del sector a que se refiere el primer párrafo de la presenta para el inicio de la ejecución de la obra materia del Expediente Técnico Definitivo de Obra así como de la obra materia de citado presupuesto adicional, se iniciarán la ejecución de obra de manera inmediata".

14. Por otro lado, en el Acta referida por la parte demandada (Acta de Entrega de Terreno N° 69 del 23 de octubre de 2013) se dispone lo siguiente:

"Cabe indicar que en el referido Sub Tramo existe una línea de impulsión de desagüe de CR-600mm, a profundidad de 1,00 metro, que debe contar con la mayor atención para diseñar las medidas de control y evitar los riesgos de daño.

Al respecto, el Consorcio Supervisión Gambetta viene realizando los estudios de ingeniería con el fin de modificar la rasante a fin de no comprometer dichas redes subterráneas, y que la ejecución de la Obra "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta-Callao" primera etapa a cargo de la contratista Consorcio Nueva Gambetta, se realice sin contratiempos.

El Consorcio Nueva Gambetta, señala que sólo procederá a ejecutar la obra en el sector indicado una vez que se cuente con la aprobación de los estudios de ingeniería por parte del Gobierno Regional del Callao, en su calidad de Entidad contratante, resguardándose el derecho de verificar dichos estudios así como el procedimiento a ser aplicado."

15. Este Tribunal considera pertinente destacar que en el Acta de Entrega de Terreno N° 69 del 23 de octubre de 2013, se dejó constancia que el terreno se encontraba a disposición del Supervisor para realizar los estudios de Ingeniería que se requerían y que el Contratista no iniciaría los trabajos hasta contar con la aprobación del Gobierno Regional del Callao.

16. Adicionalmente, se considera conveniente citar el siguiente extracto de la contestación de demanda presentada por el Gobierno Regional del Callao el 09 de junio de 2014:

"D) La evaluación de los antecedentes se indica que la entrega de terreno de ambos sectores se produjo el 23/10/13, sustentada en el Acta de Entrega de Terreno N° 69 de esa fecha (Ítem 1.3). A partir de ahí, el contratista no pudo iniciar los trabajos debido a las Interferencias sanitarias y ante la necesidad de modificar el diseño de dicho sector como consecuencia de situaciones imprevisibles detectadas durante el proceso de ejecución, sustentado en la aprobación del Adicional de Obra N° 06. Posterior a esto, el contratista no pudo iniciar los trabajos debido a la problemática social surgida por los operadores logísticos de dicho sector que manifestaron su disconformidad para el inicio de las obras en dicho sector y a la aplicación del plan de desvío, lo cual después de las mesas de trabajo con dichos operadores, de la difusión del Plan de Desvío y de la coordinación con la Policía, se dieron las condiciones para que el contratista inicie a partir del 21 de enero 2014 dicho sector".

17. Este Tribunal advierte que la parte demandada reconoce que con posterioridad al 23 de octubre de 2013, fecha en la que se suscribió el Acta de Entrega de Terreno N° 69, en las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V existían interferencias que impidieron que el Consorcio Nueva Gambetta ejecutara los trabajos en dicha zona.

18. Ello se condice con lo alegado y expuesto por el Consorcio Nueva Gambetta en el arbitraje. Así, pese a la suscripción del Acta de Entrega N° 69, en la Obra subsistieron en paralelo las siguientes interferencias:

- Presencia de tuberías sanitarias en el terreno, que el Gobierno Regional del Callao debía liberar.
- Aprobación del Plan de Desvío para poder dar inicio a la construcción de las vías pendientes.
- Problemas con los operadores portuarios, evento que finalmente dio lugar a la aprobación del Adicional N° 06, que supuso una ampliación de las vías que el Consorcio Nueva Gambetta debía construir.
- La existencia de la línea férrea.

19. Al respecto, es importante meritar como Colegiado la Carta N° 54-2014-GRG/GRI de fecha 22 de enero de 2014 remitida por el Gobierno Regional del Callao hacia el Residente de Obra, el Señor Gustavo L. Guimaraes Passos, que fue expuesta por el Consorcio Nueva Gambetta en la Audiencia Especial de Ilustración:

"Habiéndose aprobado el Plan de Desvío vehicular para la ejecución de las obras del Sub tramo 4 Tramo V del PIP "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta - Callao" primera etapa (Av. Manco Capac, Km. 1+700 al Km. 2+740), comunico a su Despacho que en la aprobación de la Prestación Adicional de Obra N° 06 de conformidad con la Resolución de la referencia a) se encuentra incluido el cambio de redes secundarias de agua potable y alcantarillado con dicho sector.

Por tal motivo, cuenta con nuestra autorización para iniciar las referidas obras de saneamiento, las mismas que serán coordinadas directamente por SEDAPAL en campo."

20. De dicha Carta se advierte que un día antes de la suscripción del Acta Complementaria al Acta de Entrega de Terreno N° 69, el Gobierno

Regional del Callao autorizó recién a iniciar los trabajos de saneamiento dentro de las progresivas del Km 1+700 al Km, 2+740 materia de Lifis.

21. Conforme se ha desarrollado previamente, la obligación a cargo de la Entidad consistía en entregar el terreno en condiciones que permitieran al Contratista iniciar los trabajos contratados; es decir, el terreno debía encontrarse saneado física y legalmente, libre de todo tipo de interferencias, para su posterior entrega al Consorcio Nueva Gambetta, de modo que éste pudiera empezar de inmediato con la ejecución de las actividades comprometidas.

22. En ese sentido, este Tribunal considera que no es posible entender que la Entidad cumplió -en los términos expresados en el Contrato ni en las normas de Contrataciones del Estado- con su obligación de entregar el terreno con la suscripción del Acta de Entrega N° 69 el 23 de octubre de 2013, pues el Contratista no pudo (por no encontrarse liberado el terreno) iniciar los trabajos de manera inmediata el dicho sector.

23. Es el 23 de enero de 2014, a través de la suscripción del Acta Complementaria al Acta de Entrega de Terreno N° 69, que el Consorcio Nueva Gambetta dispuso real y efectivamente del terreno. Por ello, este Tribunal considera que recién en dicha fecha el Gobierno Regional del Callao cumplió con su obligación de entregar el terreno libre de interferencias para que el Consorcio Nueva Gambetta pueda dar inicio a los trabajos en dicho sector.

24. Así, este Tribunal se ha visto persuadido por la posición expuesta por el Consorcio Nueva Gambetta y considera que recién el 23 de enero de 2014, el Gobierno Regional del Callao cumplió con su obligación de entregar el terreno libre de interferencias. Así, estimamos que la causal invocada en la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 es correcta.

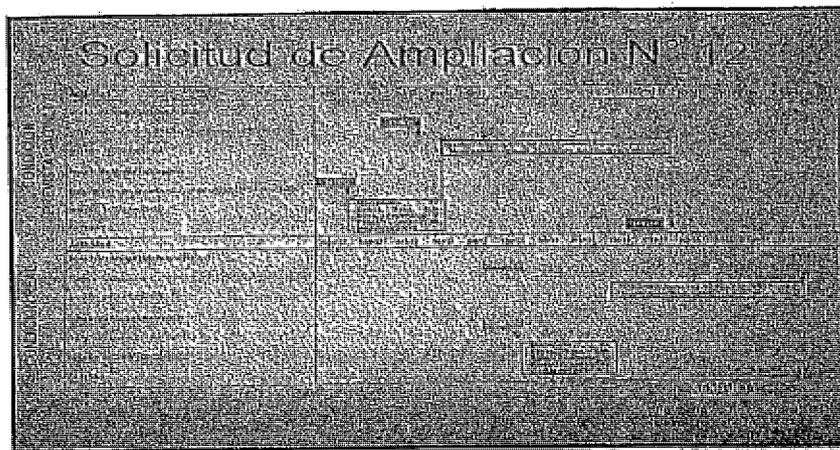
25. Ahora, corresponde analizar los requisitos que la norma impone para el otorgamiento de una Ampliación de Plazo; es decir, el impacto en la Ruta crítica y la necesidad del plazo adicional. Para ello, este Tribunal estima conveniente evaluar la opinión del Supervisor de Obra a propósito de la Solicitud de Ampliación de Plazo No. 12.

26. En el Informe Técnico N° 04-2014/SUPERVISIÓN/NG-TVLR de fecha 10 de febrero de 2014, que ha sido acompañado como prueba al presente proceso, el Supervisor indicó lo siguiente:

"Esta demora ha causado que las partidas queden postergadas en su fecha inicio (Movimiento de Tierras Sector Km. 01+700 al Km. 02+704 VP-LI, Movimiento de Tierras km. 01+700 al km02+740 VP-LD, etc. (...), así mismo se pierdan las holguras que inicialmente existían, y así también algunas partidas que inicialmente no eran críticas pasen a ser críticas; todo ello manteniendo la misma secuencia constructiva contractual. En consecuencia, se ha originado la alteración de la ruta crítica tal como se muestra a continuación" (énfasis agregado).

27. De la misma forma, este Tribunal evaluará el análisis técnico que fue aportado al arbitraje por las partes. El ingeniero Carlos López Avilés, en su Informe Pericial de parte y en su exposición, sostuvo ante este Tribunal que la demora en la entrega del terreno por causas no imputables al Contratista perjudicó el ritmo, plazo y secuencia constructiva. Luego, cuantificó la afectación, obteniendo un resultado de 111 días calendario, contados a partir del 01 de junio de 2014.

28. Lo señalado, también se advierte del cuadro elaborado por el propio perito en la presentación que fue materia de exposición en la Audiencia de Sustentación de Peritaje:



29. Sin embargo, el mismo perito precisó que debido a que la fecha de fin de la Obra había cambiado producto del otorgamiento de la Ampliación de Plazo N° 10 (la nueva fecha de Fin de la Obra se trasladó al 16 de agosto de 2014), los días de afectación a propósito de la Ampliación de Plazo N° 12 se reducían a 35 días calendario. Cabe señalar que este extremo no ha sido cuestionado por el Gobierno Regional del Callao.
30. Este Tribunal evalúa la necesidad del plazo adicional requerido. Sobre ello, de lo expuesto en la Audiencia de Sustentación de Peritaje, este Tribunal concluye que el análisis sobre la necesidad del plazo se efectúa al momento de formulada la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 y verificando si la actividad retrasada fue o no ejecutada. En ese sentido, el Tribunal hace suya la conclusión expuesta por el ingeniero perito Carlos López, quien luego de afirmar que ninguna actividad del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V había sido ejecutada, consideró que el plazo adicional de treinta y cinco (35) días sí resultaba necesario.
31. Finalmente, corresponde analizar la alegación del Gobierno Regional del Callao respecto a la supuesta deficiencia del Plan de Compensación y Reasentamiento Involuntario (PACRI), elaborado por el Consorcio Nueva Gambetta. Según lo afirmado por el demandado, éste fue aprobado con errores por el Gobierno Regional y finalmente resultó perjudicial para la Obra.
32. El Tribunal no encuentra relación entre el PACRI y las materias que son objeto de análisis en el presente caso. En efecto, conforme se ha advertido previamente, la causal invocada en la Solicitud de Ampliación N° 12 se refiere a la demora en la entrega del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V, por presencia de interferencias (aprobación del Adicional N° 06 y del Plan de Desvío, presencia de tubería de Sedapal y de una red ferroviaria), que no guardan relación con el PACRI referido por el demandado.

33. Sobre la base de lo señalado, este Tribunal considera que corresponde reconocer la Ampliación de Plazo N° 12 por "la entrega tardía del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V en las fechas 30/08/2013 y 23/10/2013 respectivamente, previstas en el CAO vigente" por treinta y cinco (35) días calendario. Como resultado de ello, la fecha de término resultado de esta Ampliación de Plazo sería el 20 de septiembre de 2014.

2. CON RELACION A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Punto controvertido: *Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene al Gobierno Regional del Callao pagar a favor del Consorcio Nueva Gambetta, por concepto de Mayores Gastos Generales - Obra Principal, la suma de S/. 2'144,111.79 de Nuevos Soles, más IGV y los intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha efectiva de pago.*

Posición del Consorcio Nueva Gambetta:

1. El Consorcio Nueva Gambetta solicita adicionalmente que se le reconozca y ordene el pago de S/. 2'144,111.79 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Once y 79/100) Nuevos Soles, más IGV y los intereses moratorios por los Mayores Gastos Generales a lo que señala tiene derecho según las normas sobre Contrataciones con el Estado.
2. El mencionado Consorcio afirma que sobre la base de los artículos 202, 203 y demás artículos pertinentes de las normas sobre Contrataciones del Estado ha efectuado el cálculo correcto, debiéndosele ordenar al Gobierno Regional que pague el monto pretendido.

Posición del Gobierno Regional del Callao:

1. El Gobierno Regional niega dicho derecho pues, además de afirmar que el Consorcio Nueva Gambetta no tiene derecho a la Ampliación de

Plazo N° 12 pretendida, afirma que no corresponde el pago requerido, pues se habría verificado una "paralización parcial" de Obra.

2. El Gobierno Regional del Callao también afirma que los Mayores Gastos Generales que el Consorcio Nueva Gambetta reclama, ya estarían cubiertos por los Gastos Generales ofertados en el Presupuesto Adicional N° 06, que se ejecutarían en paralelo a las actividades comprometidas en la Obra Principal.

Posición del Tribunal Arbitral:

1. Hablando determinado que si corresponde ampliar el plazo en treinta y cinco (35) días calendario hasta el 20 de setiembre de 2014, ahora corresponde evaluar si corresponde pagar la suma que el Consorcio Nueva Gambetta pretende por concepto de Mayores Gastos Generales.
2. Sobre ello, el Contrato establece que "en todo lo no previsto, incluyendo el reconocimiento de gastos generales por ampliaciones de plazo por causas ajenas al contratista, será de aplicación lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, aprobados por mediante D.L N° 1017 y D.S N° 184-2008-EF respectivamente."
3. Las normas sobre Contrataciones con el Estado disponen lo siguiente:

"Artículo 202º.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

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

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal."

"Artículo 203.- Cálculo del Gasto General Diario:

En los contratos de obra a precios unitarios, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente "lp/lo" donde General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente "lp/lo" en donde "lp" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39), aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "lo" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución."

4. De los artículos referidos, este Tribunal concluye que siempre que se otorgue una Ampliación de Plazo corresponde que se reconozcan los Mayores Gastos Generales que correspondan, pues de dicho modo se

compensa al Contratista por los mayores Gastos en los que éste ha tenido que incurrir al ejecutar los trabajos en un plazo mayor al previsto,

5. La norma establece dos (2) formas distintas de cálculo dependiendo de si nos encontramos ante un "atraso" o ante una "paralización". Si se verifica el primer supuesto, la norma impone que se calcule el gasto general diario y luego se multiplique por los días de Ampliación de Plazo que corresponde con los debidos reajustes. Sin embargo, si se verifica el segundo de los supuestos mencionados, el Contratista deberá acreditar los Mayores Gastos Generales en los que habría incurrido.
6. En el presente caso, el Consorcio Nueva Gambetta ha alegado que la causal que dio lugar a la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 sería un atraso generado por la demora en la entrega del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V. El Soporte Técnico del Gobierno Regional ha alegado en el presente proceso que no correspondería el pago reclamado debido a que en Obra se produjo una paralización parcial.
7. El Consorcio Nueva Gambetta absolviendo dicha alegación demostró que con el término "paralización parcial" se hacía referencia a un atraso. Para ello, citó la Opinión N° 017-2014/DTN que este Tribunal conviene citar:

"¿Existe la "paralización parcial" en el ámbito de las normas de contratación pública?"

De conformidad con lo indicado al absolver las consultas anteriores, una paralización de obra se define como la detención de la ejecución de todas las actividades y/o partidas que forman parte de la misma, mientras que en un "atraso" el contratista continúa ejecutando actividades y/o partidas de la obra pero a un ritmo menor al establecido en el calendario de avance de obra, pudiendo incluso, llegar a la paralización de alguna actividad y/o partida de la Obra.

En esa medida, si bien la normativa de contrataciones del Estado no se refiere expresamente al término "paralización parcial" de la definición de

"atraso" señalada en el párrafo anterior, se desprende que la paralización de alguna actividad o partida (mas no de todas), sólo constituiría un atraso, generándose los mismos efectos económicos."

8. Así, cuando el Gobierno Regional del Callao afirma que se produjo una "paralización parcial" ello únicamente revela que se detuvo la ejecución de las actividades relacionadas al terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V, lo cual es asimilable, según el propio OSCE, a un retraso, siendo que por tanto se producen "los mismos efectos económicos". En ese sentido, este Tribunal ha quedado convencido de que la causal invocada en la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 constituye un atraso y como tal debe calcularse el Gasto General Diario y luego multiplicarse con los días de Ampliación que correspondan.

9. El Gobierno Regional del Callao alegó una segunda razón por la que no correspondería acceder al pedido de pago formulado por el Consorcio Nueva Gambetta. En efecto, afirmó que se habría aprobado el Presupuesto Adicional N° 06, cuya ejecución sería en paralelo a las actividades pendientes de ejecución en el terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V. Por ello, los Gastos Generales aprobados en dicho Adicional cubrirían la ejecución de las actividades del mencionado terreno de la Obra Principal.

10. Este Tribunal considera que para dilucidar este extremo, resulta importante evaluar el Presupuesto Adicional N° 06, aprobado por Resolución Ejecutiva Regional No. 000578 de fecha 13 de diciembre del 2013, que obra en autos como Anexo 5 de la demanda. En dicha Resolución se aprecia lo siguiente:

"Que, mediante Informe del visto, la Ingeniera de Estudio en el área de Obra de la Administración del Proyecto Gambetta, emite su Informe técnico respecto a la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06,

concluyendo lo siguiente: "Es la finalidad del contrato del Proyecto "Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta - Callao" - Primera etapa, ampliar su capacidad de servicio y mejorar las condiciones de desplazamiento de los vehículos en la vía, mediante una serie de intervenciones y soluciones de ingeniería. Al respecto, los hechos descritos en el Expediente del Adicional N° 06 sustentaron la necesidad de modificar el diseño del tramo V, Sector 4, teniendo en cuenta la información alcanzada por la operadora portuaria del Muelle Sur DP World mediante las tres comunicaciones indicadas en los ítems antecedentes 3, 4, 5 (del 05/05/13, 25/06/13 y 16/08/13).

Del Estudio de Tráfico presentado por la supervisión a la Entidad se justifica que en la vía Norte - Sur del Jr. Manco Cápac se debe mantener un mínimo de tres carriles, el cual debería incrementarse a 4 carriles a partir del año 2023; en cuanto a la vía Sur-Norte se recomienda mantener un mínimo de 2 carriles. En ambos casos recomienda igualmente que las bermas laterales debieron ser asfaltadas. En base al Estudio de Tráfico y al Diseño de Pavimento, ha sido formulado el expediente del Adicional de Obra N° 06, el cual cuenta con la documentación técnica y legal sustentatoria, con la conformidad de la supervisión de la obra."

11. De dicha Resolución se advierte que a través del Presupuesto Adicional N° 06 se aprobó y presupuestó la ejecución de un carril adicional al ya previsto en el Expediente Original con la finalidad de atender los requerimientos de DP World y así mejorar el tránsito en dicha zona. Este Tribunal considera adecuado analizar las normas sobre Contrataciones Públicas con el objetivo de determinar el alcance de una Prestación Adicional y su Presupuesto.

12. A propósito de ello, citamos la definición de Prestación Adicional de Obra y Presupuesto Adicional de Obra contenida en el Anexo del Reglamento:

"40. **Prestación Adicional de Obra:** Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional."

"41. **Presupuesto Adicional de Obra:** Es la valorización económica de la prestación adicional de una obra que debe ser aprobado por la Contraloría General de la República cuando el monto supere al que puede ser autorizado directamente por la Entidad."

13. En ese mismo sentido, los artículos 174 de la Ley y 207 del Reglamento se refieren a las Prestaciones Adicionales de Obra y su Presupuesto:

"Artículo 174.- **Adicionales y Reducciones:** Para alcanzar la finalidad del Contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinará por acuerdo entre las partes,

igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de Inversión pública deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competencia del Sistema Nacional de Inversión Pública."

"Artículo 207: Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15%).- (...) En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados

en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente (...)

El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales. (...)"

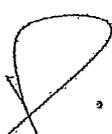
14. De lo citado, se advierte que las Prestaciones Adicionales se refieren a actividades diferentes, no contempladas en el Expediente Técnico cuya ejecución se le encarga al Contratista durante la ejecución de la Obra, con la finalidad de cumplir con la meta del Proyecto. De ese modo, los Presupuestos Adicionales son la retribución al Contratista por dichos trabajos adicionales, los cuales se calculan teniendo en cuenta las actividades a ejecutar, los precios previamente pactados y los reajustes necesarios.

15. En ese sentido, este Tribunal concluye que los Gastos Generales (Fijos y Variables) considerados en el Presupuesto Adicional no tienen relación con los Gastos Generales que el Contratista requiere para ejecutar los trabajos contemplados en el Expediente Original. Por ello, no es admisible para este Tribunal acoger la alegación del Gobierno Regional del Callao, pues los Gastos Generales del Presupuesto Adicional N° 06 retribuyen los trabajos relacionados al carril adicional, pero no los Mayores Gastos Generales Incurridos por el Consorcio Nueva Gambetta en la Obra Principal como consecuencia de la demora que no le es imputable en la ejecución de los trabajos previstos en el Expediente Técnico en el terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V.

16. Para el Tribunal corresponde que se reconozcan los Mayores Gastos Generales correspondiente a los 35 días de Ampliación de Plazo a los que tiene derecho el Consorcio Nueva Gambetta por el atraso en la entrega del terreno ubicado entre el Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V. En el presente caso, el Consorcio Nueva Gambetta, a través de su perito, el Ingeniero Carlos

López, ha demostrado que el Gasto General diario asciende a S/. 60,236.52, lo cual no ha sido ni refutado ni cuestionado por el Gobierno Regional del Callao.

- 
17. Teniendo en cuenta lo señalado y analizado previamente, corresponde aplicar la fórmula regulada en el Reglamento, por lo que corresponde multiplicar el Gasto General Diario por los 35 días de Ampliación de Plazo y aplicar el reajuste que corresponde. Nuevamente, el Consorcio Nueva Gambetta en su peritaje técnico y en la Audiencia de Sustentación de Peritaje ha proporcionado el soporte técnico sobre el cálculo final, el que tampoco ha sido cuestionado por el Gobierno Regional del Callao.
18. En ese sentido, este Tribunal considera que debe ordenarse al Gobierno Regional del Callao el pago de la suma de S/. 2'144, 111.79 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Once y 79/100) por concepto de Mayores Gastos Generales por los 35 días de Ampliación de Plazo.
19. Adicionalmente, este Tribunal en atención a la pretensión formulada por el Consorcio Nueva Gambetta estima que dicha suma debe pagarse con los intereses que se generen hasta la fecha de su cancelación total y efectiva. Sobre ello, es de tenerse presente el artículo 1245 del Código Civil en donde se indica que si no se ha pactado una tasa específica, el deudor debe pagar la tasa de interés legal. Por lo que corresponde que se reconozca el interés legal sobre la suma de S/. 2'144, 111.79 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Once y 79/100).
- 
20. Ahora, teniendo en cuenta que los intereses a los que nos referimos son de carácter moratorio, en tanto debieron ser pagados por el Gobierno Regional del Callao al momento en que el Consorcio Nueva Gambetta solicitara la Ampliación de Plazo N° 12, resulta de aplicación el artículo 1334, que a la letra dispone que: "En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda."

- 
21. En este caso, la demanda arbitral a propósito de las siete peticiones de arbitraje acumuladas en este arbitraje, fue notificada al Gobierno

Regional del Callao el 12 de mayo de 2014, conforme se advierte del cargo de notificación correspondiente. Es desde esa fecha que debe iniciarse el cómputo de los intereses legales.

22. Sobre la base de todo lo señalado, este Tribunal estima que corresponde ordenar el pago de la suma de S/. 2'144, 111.79 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Once y 79/100) a favor del Consorcio Nueva Gambetta más IGV por concepto de Gastos Generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 12, más los intereses legales de carácter moratorio que se generaron desde el 12 de mayo de 2014, fecha de notificación de la demanda, hasta la fecha del pago total de la suma indicada.

2.4. CON RELACION A LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Punto controvertido: *Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene al Gobierno Regional del Callao pagar a favor del Consorcio Nueva Gambetta, por concepto de Mayores Gastos Generales Variables - Presupuesto Adicional 04, la suma de S/. 703,844.34 Nuevos Soles, más IGV e intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha efectiva de pago, monto que correspondería al total de Mayores Gastos Generales Variables. Presupuesto Adicional 04, que fuera reclamado junto con nuestros pedidos de Ampliación de Plazo No. 07, 08 y 10.*

Posición del Consorcio Gambetta

1. El Consorcio Nueva Gambetta pretende el pago de S/. 703,844.34 (setecientos Tres Mil Ochocientos Cuarenta y Cuatro y 34/100 Nuevos Soles) alegando que la entrega fragmentada, discontinua y extemporánea de diversos sectores del Tramo comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km- 23+700 afectaron la ejecución prevista

de la Prestación Adicional N° 04 relacionada a la "Modificación del Trazado Geométrico del Tramo IV, en el Sector del Km: 22+650 al Km. 23+700 del proyecto de Inversión pública Mejoramiento de la Av. Néstor Gambetta-Callao".

2. Según afirma el demandante, dicho sector, de acuerdo a lo establecido en el Cronograma de Avance de Obra N° 05, debió ser entregado el 15 de Julio de 2013. Los trabajos que serían ejecutados en dicho sector involucraban los trabajos de la Obra Principal y los aprobados en el Presupuesto Adicional N° 04.
3. Sin embargo, el Gobierno Regional del Callao no entregó dicho sector (Km. 22+650 al Km- 23+700) en la fecha acordada, sino en fragmentos reducidos y en las siguientes fechas:
 - Las progresivas del Km. 23+205 al Km 23+380 se entregó el 17 de setiembre de 2013 a través del Acta de entrega de Terreno Parcial N° 65. Esta entrega tardía motivó la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 07.
 - Las progresivas del Km. 22+925 al Km. 23+043 se entregaron el 30 de septiembre de 2013, a través del Acta de entrega de Terreno Parcial N° 68. Esta entrega tardía motivó la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 08.
 - Las progresivas del Km. 22+900 al Km. 22+925 y del Km. 23+043 al Km. 23+205 se entregaron el 05 y 10 de diciembre por Acta de Entrega de Terreno Parcial N° 73 y 74, respectivamente. Esta entrega tardía motivó la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 10, en donde se habría reconocido el impacto que tuvo el retraso en la entrega del terreno en la Obra Principal, pero no en la ejecución del Adicional de Obra N° 04.
4. A criterio del Consorcio Nueva Gambetta, la entrega discontinua, fragmentada del sector comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km- 23+700 afectó en noventa (90) días la ejecución de la

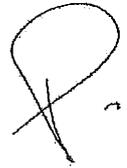
Prestación Adicional N° 04, razón por la cual según el Contratista corresponde el pago de los Mayores Gastos Generales por la suma de S/.703,844.34 (Setecientos Tres Mil Ochocientos Cuarenta y Cuatro y 34/100), más IGV e intereses.

Posición del Gobierno Regional

- 
1. El Gobierno Regional contradice dicha pretensión y alega que no es posible ordenar el pago pretendido por resultar contrario a las normas sobre Contrataciones con el Estado. Sostiene que según el artículo 202 del Reglamento, no sería posible el pago de Mayores Gastos Generales en el caso de Prestaciones Adicionales.
 2. Así, en este caso, el Consorcio Nueva Gambetta, contrario a lo que dispone la norma, pretendería cobrar Mayores Gastos Generales por la ejecución del Adicional de Obra N° 04, pese a que éste contiene su propios Gastos Generales contenidos en el Presupuesto del Adicional.

Posición del Tribunal Arbitral

- 
1. La controversia se centra en la alegada demora en la ejecución de la Prestación Adicional N° 04. Para ello, el Tribunal ha revisado la Resolución de Gerencia Regional N° 0263-2013-GRC-GGR del 17 de mayo de 2013 que aprueba dicho Adicional constatando que la ejecución del Presupuesto Adicional N° 04 supondría la modificación del Trazado inicialmente previsto en las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700. Habiendo determinado dónde se ejecutaría el mencionado Adicional de Obra N° 04, el Tribunal procederá a verificar si la entrega de dicho terreno le generó alguna afectación al Contratista que no le sea imputable, para lo cual se evaluará el contenido de las Actas de Entrega de Terreno Parcial referidas por el Consorcio Nueva Gambetta.

- El Acta de Entrega de Terreno Parcial N° 65 revela que las progresivas del Km. 23+205 al Km 23+380 fueron entregadas al Consorcio Nueva Gambetta el 17 de setiembre de 2013.
- 

- El Acta de entrega de Terreno Parcial N° 68 revela que las progresivas del Km. 22+925 al Km. 23+043 fueron entregadas al Consorcio el 30 de septiembre de 2013.
 - Las Actas de Entrega de Terreno Parcial N° 73 y 74 revelan que las progresivas del Km. 22+900 al Km. 22+925 y del Km. 23+043 al Km. 23+205 fueron entregadas al Consorcio Nueva Gambetta el 05 y 10, respectivamente.
2. Ello, tal y como fue afirmado por el Consorcio Nueva Gambetta, dio lugar a una serie de Ampliaciones de Plazo. Concretamente, este Tribunal considera relevante la Resolución que se pronuncia sobre la Ampliación de Plazo N° 10. Citamos el extracto relevante de la Resolución Regional N° 005.1-2014-Gobierno Regional Del Callao-GGR de fecha 06 de enero de 2014:

"Que, el Jefe de Supervisión del Consorcio Supervisión Gambetta remite el Informe Técnico N° 83-2013-SUPERVISIÓN/NG-TVLR manifestado su conformidad, indicando lo siguiente: "Para el presente análisis básicamente hemos insertado en la PROGRAMACIÓN VIGENTE (aprobada mediante Resolución N° 1294-2013-GRC-GGR), las nuevas fechas de inicio de las partidas que han sufrido demora en su inicio en los sub - sectores del sector de la Vía Principal Lado Izquierdo del Km. 22+650 al Km. 23+700 del Tramo IV considerándose para ello formular una secuencia constructiva basada en la liberación de dichos subsectores efectuadas por el Gobierno Regional del Callao (...) Debiendo manifestar que a raíz de dichas entregas se pudo apreciar la ruptura de la secuencia constructiva contractual, observando también como consecuencia que la ruta crítica se modificó. En las diferentes reuniones de coordinación, se ha hecho de conocimiento tanto a esta Supervisión como al Contratista, los esfuerzos que ha venido realizando el Gobierno Regional del Callao a fin de liberar los sectores del Km. 22+900 al Km. 22+925 y Km. 23+043 al Km. 23+205 de la Vía Principal Lado

izquierdo - Tramo IV, el cual comprende un paquete de afectaciones que originaron la demora en la entrega de dicho sub-sectores y también del sector principal Km. 22+650 al Km. 23+700 (15,07,2013) de acuerdo al CAO vigente, a nuestra opinión dichas situaciones de carácter social no son atribuibles ni al Contratista ni a la Región."

- 
3. Este Tribunal advierte que el Gobierno Regional del Callao confirma que en efecto se produjo una entrega tardía, segmentada y fragmentada del Sector comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700, que afectó, cuando menos, las actividades de la Obra Principal.
 4. Como se ha determinado la existencia de una demora en la entrega del terreno ubicado entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700 que afectó la ejecución de las actividades programadas en la Obra Principal, este Tribunal procederá a evaluar si ello afectó también la ejecución de la Prestación Adicional N° 04 como afirma la demandante y si ello da lugar al pago de Mayores Gastos Generales sin que se contravengan las normas sobre Contrataciones con el Estado, como afirma el Gobierno Regional del Callao.
 5. Este Tribunal en el punto controvertido anterior ha analizado ciertos aspectos relacionados a las Prestaciones Adicionales y su Presupuesto que resultan ser premisas importantes para dilucidar este extremo de la controversia. En base a ello, este Tribunal deja por sentado lo siguiente:

- 
- Una Prestación Adicional se refiere a una actividad nueva, no considerada en el Expediente Técnico Original.
 - Para ello se aprueba un Presupuesto del Adicional de Obra (que contiene sus propios Gastos Generales Fijos y Variables), a través del cual se retribuyen los nuevos trabajos. Este pago constituye la contraprestación que percibirá el Contratista por esas nuevas actividades.

- El cálculo del Presupuesto Adicional se calcula sobre la base de las actividades nuevas a ejecutar, los precios ya pactados, definiéndose a su vez los reajustes que correspondan.
6. Es sobre este último punto que el Tribunal considera que debe profundizar, en tanto que el Consorcio Nueva Gambetta alega que los Mayores Gastos Generales que reclama se deriva de la afectación al plazo de ejecución previsto para la ejecución de la Prestación Adicional N° 04.
 7. Al respecto, se aprecia que el Consorcio Nueva Gambetta ha señalado que el fundamento técnico de su derecho al pago de Mayores Gastos Generales por el retraso en la ejecución del Adicional N° 04, que si bien la pericia considera, que existe ruptura en la secuencia constructiva del 22.7.13 al 4.10.2013 y del 31.12.2013 solicitado en la ampliación N° 10, sin embargo, no se evidencia que la Contratista hubiera solicitado con las formalidades del caso, el mayor plazo por este concepto o que hubiera otorgado el mayor plazo, tampoco en este proceso se ha solicitado que se reconozca el mayor plazo a los trabajos adicionales de obra por la demora de parte del tramo correspondiente a trabajos del adicional N° 4.
 8. A través de la Carta N° 788.13 MNG.OBRAS.01.03.03, del 19.12.2013 solicita la Ampliación de Plazo N° 10 por causas no atribuibles al Contratista, generadas por "la no entrega del terreno de la Vía Principal del lado izquierdo, Sectores del Km. 22+900 al Km. 22+925 y Km. 23+043 al Km. 23+205 en la fecha prevista (15.07.2013) según Calendario de Avance de Obra (CAO) vigente".
 9. Que según la Resolución Gerencial General Regional N° 005.1-2014-Gobierno Regional del Callao - GGR del 06.01.2014, se presenta como uno de sus considerandos los fundamentos de la contratista Consorcio Nueva Gambetta señalando: "en ese sentido recién con la entrega parcial de dichos terrenos en fechas 5 y 10 de diciembre del 2013 es que se determinó las fechas de inicio y fin de las actividades consecutivas en

el Sector Km 22+650 al Km 23+700 toda vez que se difieren de las fechas previstas en el calendario de avance de obra vigente y que afectaron el ritmo, plazo y secuencia constructiva (...)"

10. En un segundo considerando el Jefe de Supervisión del Consorcio Supervisor Gambetta remite el Informe Técnico N° 83-2013-SUPERVISION/NG-TVLR manifestando conformidad, concluyendo que "a su opinión dichas situaciones de carácter social no son atribuibles ni al contratista ni a la región".

11. Sin embargo pese a encontrarse acreditada la ejecución del adicional y asimismo el otorgamiento de la ampliación del contrato principal por parte de la Entidad, no se evidencia en autos que la Contratista haya solicitado de forma específica la ampliación de plazo por demora en la ejecución del Adicional N° 4, ni en la Ampliación de Plazo N° 9 o 10, por ello al resultar un arbitraje de derecho, no resulta amparable dicha pretensión en atención a no reunir las formalidades que exige la Ley, máxime que el Art. 201 del RLCE a letra dice: *Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo (...).*

12. Considerando que el procedimiento para la ampliación de plazo responde a una norma de orden público, su cumplimiento es de

carácter imperativo, por ello no resulta amparable la pretensión solicitada, dejando a salvo el derecho de la Contratista para que de considerarlo haga valer su derecho en la vía y forma correspondiente.

2.5. CON RELACION A LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se reconozca y ordene al Gobierno Regional del Callao pagar a favor del Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/. 4'295,777.67, más el IGV y los Intereses moratorios con la tasa de interés legal, a partir de la fecha en que el demandado sea notificado con la presente demanda y hasta la fecha efectiva de pago, por los Costos Directos en que se habría incurrido por la paralización y/o inactividad de equipos como consecuencia de la no entrega oportuna y libre de interferencias del terreno, por causas no imputables al Consorcio Nueva Gambetta, y que fueran reclamados junto a nuestros diversos pedidos de Ampliación de Plazo, monto que corresponde al saldo que no habría reconocido aún el Gobierno Regional del Callao, siendo que, a la fecha, se le habría reconocido al Consorcio Nueva Gambetta sólo una parte de los Costos Directos reclamados con sus pedidos de Ampliación de Plazo N° 06, 09 y 10, rechazando el pago de aquellos Costos Directos reclamados junto con su pedido de Ampliación de Plazo N° 12.

Posición del Consorcio Nueva Gambetta:

- I. El Consorcio Nueva Gambetta alega que a lo largo de la ejecución de la Obra, el Gobierno Regional del Callao incurrió en una serie de demoras en la entrega del terreno, lo cual terminó afectándolo económicamente, pues tuvo a disposición del Gobierno Regional diversos equipos que incurrieron en mayores Costos de Posesión a los previstos, que le generaron mayores Costos Directos.

2. Específicamente, el Consorcio Nueva Gambetta reclama los mayores Costos Directos por un total de S/. 4'295,777.67 (Cuatro Millones Doscientos Noventa y Cinco Mil Setecientos Setenta y Siete y 67/100 Nuevos Soles) en los que según afirma habría incurrido como consecuencia del retraso en la entrega de los siguientes sectores de la Obra:

- Retraso en la entrega del Terreno del Sector 4-2 comprendido entre las progresivas del Km. 24+300 al Km. 25+000.
- Retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700.
- Retraso en la entrega del Terreno del Tramo V - Sub tramo 3 de la Vía Principal, Lado Derecho, entre las progresivas del Km. 1+000 al Km. 1+700.
- Retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V.

3. El Consorcio afirma que, en aplicación de la Cláusula 4.2.1 y el principio de Equidad regulado en la Ley, el Gobierno Regional del Callao debe asumir los mayores Costos Directos en los que el Contratista incurrió por los retrasos en la entrega del terreno, evento que no le es imputable.

4. Para acreditar los montos que pretende, el Consorcio ha acompañado un peritaje de parte elaborado por el Ingeniero Carlos López Avilés, que habría verificado el cálculo y el procedimiento utilizado por el Consorcio al momento de formular su reclamo.

Posición del Gobierno Regional del Callao:

1. El Gobierno Regional del Callao rechaza el monto reclamado por la parte demandante. En primer lugar, señala que no existiría base legal para reconocer ningún monto por concepto de mayores Costos Directos a favor del Contratista. Sobre este punto, además alega que no correspondería

reconocer los mayores Costos Directos, pues el precio es invariable al haberse pactado un contrato a suma alzada.

2. Además, sostiene que tampoco corresponde el pago de los mayores Costos Directos, pues el Consorcio al formular su reclamo no habría seguido el procedimiento establecido en el Contrato, específicamente en la Cláusula Vigésimonovena. Asimismo, afirma que -en todo caso- el Consorcio Nueva Gambetta para recuperar los Mayores Costos Directos en los que incurrió debió solicitar un Adicional de Obra.
3. Además, cuestiona el cálculo efectuado por el Consorcio Nueva Gambetta al alegar que no existe constancia de que la maquinaria sobre la que el Consorcio Nueva Gambetta ha efectuado su cálculo se haya encontrado efectivamente en la Obra. Finalmente, califica el análisis efectuado por el perito de parte Carlos López como subjetivo.

Posición del Tribunal Arbitral:

1. Este Tribunal advierte que las objeciones del Gobierno Regional del Callao al reclamo formulado por el Consorcio Nueva Gambetta pueden clasificarse en dos tipos. Las señaladas en los numerales 1 y 2 previos procuran demostrar que no existe derecho alguno a favor del Contratista por concepto de mayores Costos Directos, ya sea porque i) el concepto como tal no corresponde o ii) por no haber cumplido con el procedimiento contractual establecido o iii) por no haberse formulado dicho reclamo a través del mecanismo adecuado, que según afirman, sería el Adicional de Obra, iv) cuestiona el cálculo efectuado por el Consorcio Nueva Gambetta al alegar que no existe constancia de que la maquinaria sobre la que el Consorcio ha efectuado su cálculo se haya encontrado efectivamente en la Obra. Las alegaciones indicadas en el numeral 3 previo, objetan el *quantum* de lo pretendido por el Consorcio Nueva Gambetta por cada uno de los reclamos.
2. Teniendo en cuenta ello, este Tribunal considera que metodológicamente es conveniente que primero se evalúe sobre la base de los argumentos expuestos por las partes si corresponde o no reconocer el derecho a favor del

Contratista a los mayores Costos Directos. Dependiendo del resultado de dicho análisis, se procederá a evaluar el procedimiento de cálculo empleado al momento de formular el reclamo por mayores Costos Directos.

3. Siendo ello así, evaluaremos, en primer lugar, la alegada inexistencia de base legal que permita al Tribunal reconocer el derecho del Contratista a los mayores Costos Directos. El Consorcio Nueva Gambetta, contra dicha alegación, ha referido que existen diversas fuentes de las cuales deriva su derecho:

- La Cláusula 4.2.1 del Contrato en donde expresamente se reconoce el derecho del Consorcio Nueva Gambetta a recuperar los mayores Costos Directos.
- El Principio de Equidad, regulado en la Ley, en el artículo 4, inciso I).
- El artículo 238 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- El artículo 1321 del Código Civil.
- De la aplicación de la Teoría de los Actos Propios, pues el Gobierno Regional en diversas oportunidades previas habría otorgado directamente los mayores Costos Directos en los que el Consorcio Nueva Gambetta habría incurrido.
- El Laudo Arbitral emitido en el Caso Arbitral N° 2242-2012-CCL, en donde también se ordena el pago de los mayores Costos Directos en los que el Contratista habría incurrido durante la ejecución de la Obra.

4. Este Tribunal ha constatado que, en efecto, la cláusula 4.2.1 del Contrato de Obra, reconoce el derecho del Consorcio Nueva Gambetta a obtener el pago de los mayores Costos Directos en los que incurra, como consecuencia de una entrega parcial del terreno sin culpa del contratista, que afecte el ritmo, plazo o secuencia constructiva de la Obra. Literalmente, dicha cláusula dispone: "Si el inicio anticipado o parcial de la obra afecta el ritmo, plazo o la secuencia constructiva previstos, por causas ajena a EL CONTRATISTA éste

tendrá derecho a la ampliación de plazo que corresponda y/o reconocimiento de los gastos generales y/o costos directos incurridos, según corresponda".

5. Además, este Tribunal, al desarrollar el punto controvertido referido a la pretensión reconvenicional formulada por el Gobierno Regional del Callao, ha concluido previamente que no existe ninguna contradicción entre dicha Cláusula y las normas sobre Contrataciones con el Estado en general, ni que resulta incompatible con los contratos a suma alzada.
6. Según el artículo 142 de la Ley "el Contrato es obligatorio para las partes" y constituye ley entre las partes, siendo por ello razón suficiente para considerar que, contrario a lo alegado por el Gobierno Regional del Callao, en el presente caso sí existe base legal para que el Consorcio Nueva Gambetta formule su reclamo sobre los mayores Costos Directos en los que habría incurrido. En ese sentido, este Tribunal considera que la referida cláusula y los derechos allí reconocidos resultan plenamente exigibles por el Contratista.
7. Agrega este Tribunal que de las fuentes anotadas por el demandante es de suma importancia el Principio de Equidad y la Teoría de los Actos Propios¹⁴. Este Tribunal ya ha desarrollado previamente (en el punto controvertido referido a la pretensión reconvenicional del Gobierno Regional del Callao) el contenido y alcance de ambos. Por lo que, remitiéndonos a lo allí expuesto, este Tribunal concluye en virtud de ambas fuentes también corresponde reconocer los mayores Costos Directos en los que el Consorcio Nueva Gambetta haya incurrido durante la ejecución de la Obra, por causas que no le sean imputables.
8. Por otro lado, el Gobierno Regional ha alegado además que el Consorcio Nueva Gambetta no habría cumplido con el procedimiento establecido en el Contrato, en la Cláusula Vigesimonovena. Este Tribunal considera

¹⁴Se ha demostrado a lo largo del proceso arbitral que el Gobierno Regional del Callao al momento de otorgar las Ampliaciones de Plazo N° 06, 09 y 10 ha reconocido ciertos montos por concepto de Costos Directos, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 4.2.1 del Contrato.

Importante revisar la cláusula referida con el propósito de verificar si, tal y como afirma el demandado, se incumplió una cláusula del Contrato.

9. La cláusula Vigésimonovena invocada por la parte demandada es como sigue: "**VIGÉSIMO NOVENA.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR:**

29.1 Las partes han convenido en considerar como circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible tales como fenómenos naturales, terremotos, etc., o actos del hombre que se encuentren fuera del control de las partes contratantes y que no pudieran ser evitadas, tales como guerra, incendios, explosiones, disturbios, actos de sabotaje, etc. que imposibiliten continuar la ejecución de los trabajos o determinan su cumplimiento parcial o tardía o defectuoso,

29.2 Si cualesquiera de las partes contratantes estuvieran temporalmente incapacitadas debido a circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor para cumplir total o parcialmente las obligaciones contraídas, notificará a la otra parte por escrito tal circunstancia, tan pronto como sea posible después de ocurrido el evento, proporcionando todos los detalles del mismo.

29.2.1 Producido y notificado el evento determinante de las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, quedarán suspendidas las obligaciones a cargo de la parte afectada solo por el tiempo que dure la incapacidad causada, debiéndose actuar en lo posible de modo que la causa o los efectos sean solucionados con la mayor celeridad posible, con el derecho de EL CONTRATISTA al reconocimiento de los gastos generales y costos directos incurridos 29.2.2 El mayor costo y los pagos adicionales que pudiesen corresponderle al Contratista como resultado de la paralización total o parcial de los trabajos en razón de las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor o trabajos

adicionales, serán determinados de común acuerdo entre las partes contratantes.

10. El Consorcio Nueva Gambetta sobre ello afirma que *"esta cláusula vigésimo novena no guarda ninguna relación con lo discutido en el presente arbitraje. Nuestro Consorcio no pretende el pago de los mayores costos derivados de una paralización de Obra generada por alguno de los supuestos ahí descritos. No hemos alegado la ocurrencia de una guerra, terremoto, incendio o alguna circunstancia que califique como caso fortuito o fuerza mayor, o que haya dado lugar a la paralización de la Obra."* Así, el Consorcio realizando una lectura literal de la cláusula considera que su reclamo no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la misma.

11. Este Tribunal considera que el supuesto regulado en dicha cláusula se encuentra dirigido a un supuesto excepcional: la ocurrencia de situaciones excepcionales como las descritas en dicha cláusula y que califiquen como situaciones de caso fortuito y/o fuerza mayor, que ocasionen la paralización de la Obra. En ese escenario, es lógico que las partes hayan convenido que *"notificará a la otra parte por escrito tal circunstancia, tan pronto como sea posible después de ocurrido el evento, proporcionando todos los detalles del mismo"* así como *"quedarán suspendidas las obligaciones a cargo de la parte afectada solo por el tiempo que dure la incapacidad causada"*.

12. Es por ello que este Tribunal considera que el caso que nos ocupa es distinto y se aleja de lo regulado en dicha cláusula vigesimonovena citada, en tanto los mayores Costos que reclama el Contratista se deriva de un retraso en la entrega del terreno, obligación a cargo de la Entidad, y no de uno de los eventos extraordinarios e imprevisibles descritos en dicha cláusula.

13. Además debe considerarse que según las pruebas aportadas al arbitraje, existen anotaciones en el Cuaderno de Obra, Cartas y Actas de reunión en los que el Consorcio Nueva Gambetta comunicó y dejó constancia de la demora en la entrega del terreno y el impacto que ello venía generando en la maquilanía. Razón por la que este Tribunal -aun cuando se ratifica en que

dicha cláusula y el procedimiento allí indicado no resultaba aplicable- no considera razonable que el Gobierno Regional del Callao alegue que no se siguió el procedimiento contractual al no habersele comunicado sobre los mayores Costos Directos, cuando en las solicitudes de ampliaciones de plazo e informes y considerandos de la Resoluciones decisorias, se acreditan que la Entidad tenía conocimiento de dicha afectación.

14. Es por lo señalado que este Tribunal no comparte la posición del Gobierno Regional del Callao en lo referido a la aplicación de la Cláusula Vigésimonovena, pues considera que el supuesto para el que resulta aplicable dicha cláusula (paralización por eventos de caso fortuito y/o fuerza mayor) es distinto al supuesto que da lugar al reclamo del Consorcio Nueva Gambetta (retraso por la inejecución de las obligaciones a cargo de la Entidad).

15. Finalmente, el Gobierno Regional del Callao sostiene que si el Consorcio Nueva Gambetta consideraba que se estaban incurriendo en mayores Costos Directos, debió en Obra solicitar un Adicional de Obra. Este Tribunal descarta dicho argumento, por cuanto como ha podido apreciar en el desarrollo de los puntos controvertidos previos, un Adicional de Obra se refiere a la ejecución de una actividad no prevista en el Expediente Original, situación que no se relaciona con el reclamo formulado por el Consorcio Nueva Gambetta, que concretamente se refiere a los mayores costos de posesión incurridos por el Contratista al contar con su maquinaria un mayor tiempo al inicialmente previsto.

16. Hasta este punto, este Tribunal ha analizado las diversas objeciones formuladas por el Gobierno Regional sobre si corresponde o no el reconocimiento de los mayores Costos Directos a favor del Contratista y habiendo concluido que de acuerdo al Contrato y a las normas legales si existe tal derecho, a continuación, se evaluará si el Contratista tiene derecho a los montos que reclama.

17. El Consorcio Nueva Gambetta reclama un monto total de S/. 4'295,777.67, monto que se deriva de cuatro pedidos distintos:

- En la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 06 se reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del Sector 4-2, comprendido entre las progresivas del Km. 24+300 al Km. 25+000.
Por esta afectación, el Consorcio Nueva Gambetta alega que queda pendiente el pago de S/. 759,985.77.
- En la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 10 reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700
Por esta afectación, el Consorcio Nueva Gambetta alega que queda pendiente el pago de S/. 222,202.43.
- En la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 09 reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno del Tramo V - Sub tramo 3 de la Vía Principal, Lado Derecho, entre las progresivas del Km. 1+000 al Km. 1+700,
Por esta afectación, el Consorcio Nueva Gambetta alega que queda pendiente el pago de S/. 1'109,087.09.
- En la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 12 reclamaron los mayores Costos Directos incurridos como consecuencia del retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V.
Por esta afectación, el Consorcio Nueva Gambetta alega que queda pendiente el pago de S/. 2'204,502.38.

18. Este Tribunal advierte que en las tres (3) primeras solicitudes de Ampliación de Plazo, el Gobierno Regional del Callao reconoció la demora en la entrega de dichos sectores y en consecuencia su impacto en el plazo, reconociendo,

por tal motivo, parte de los mayores Costos Directos reclamados. En cuanto a la última Solicitud de Ampliación de Plazo, al haber sido rechazada por el Gobierno Regional del Callao, fue sometida al presente arbitraje, en el que se ha determinado que sí existió una demora en la entrega del terreno, que afectó el plazo de la Obra.

19. Así al haberse constatado que sí existió una afectación en el plazo ocasionado por la entrega tardía de diversos sectores de la Obra que ha sido reconocida directamente por el Gobierno Regional en el caso de las Ampliaciones de Plazo Nos. 06, 09 y 10 y por este Tribunal en el caso de la Ampliación de Plazo N° 12, corresponde evaluar si ello afectó, como afirma el demandante, los Costos Directos, y de ser el caso, a cuánto ascendió dicha afectación.

20. Sobre ello, la parte demandante con apoyo del Ingeniero Carlos López, perito de parte, ha referido que los Costos Directos relacionados a la maquinaria se dividen en dos (2): Costos de posesión y Costo de operación. Los primeros constituyen el costo que le significa al Contratista tener a su disposición la máquina ya sea que la compre o alquile; y, los segundos, representan el costo que asume el Contratista al hacer uso de la máquina, ya sea por el consumo de combustible, cambio de piezas, etc.

21. Además, a través de la información técnica aportada al arbitraje, se ha precisado que los Costos Directos originalmente previstos son calculados sobre la base de los rendimientos proyectados, el plazo de ejecución y la cantidad de Obra, de modo que si uno de los dos primeros factores se altera sin que se incremente la cantidad de Obra, entonces el Contratista tendrá que asumir mayores Costos a los previstos. Pues, el Contratista al tener que contar con la maquinaria un mayor tiempo al previsto incurriría en mayores costos de posesión, sin que por ello se le retribuya un monto adicional que lo compense.

22. Así, este Tribunal concluye como consecuencia de la afectación al plazo de Obra producida por las entregas tardías de diversos sectores de la Obra que, en su momento, dieron lugar al otorgamiento de las Ampliaciones de Plazo N°

06, 09, 10 y 12 (esta última, otorgada por el presente Tribunal), los costos de posesión de la maquinaria también resultaron afectados, generando que el Consorcio Nueva Gambetta incurra en mayores Costos Directos.

23. El Consorcio Nueva Gambetta ha presentado el peritaje de parte elaborado por el ingeniero Carlos López quien ha validado el procedimiento de cálculo y los montos finalmente obtenidos. Contra ello, el Gobierno Regional ha alegado que no existiría constancia de que la maquinaria sobre la que se ha efectuado el cálculo se encontrara realmente en Obra y que dicho análisis sería "subjetivo".

24. Sobre lo primero, el Consorcio Nueva Gambetta ha referido que existen Anotaciones en el Cuaderno de Obra y valorizaciones, en donde se precisa el listado de maquinaria que estaba siendo afectada por el retraso en la entrega de los diversos sectores de la Obra. Ante ello y de la lectura del escrito de demanda y de las pruebas que obran en autos, este Tribunal advierte que en efecto existen Anotaciones en el Cuaderno de Obra en donde el Contratista denuncia la afectación a su maquinaria, precisando los equipos afectados.

25. Consideramos relevante citar lo expuesto en el Asiento N° 2640 del Cuaderno de Obra:

"Asiento N° 2640: 22 de Agosto de 2013,-

En atención a lo indicado en el Asiento N° 2634, el Contratista manifiesta que la no entrega del terreno del Tramo IV, VP, Lt: Km. 24+300 al 25+000 en la fecha prevista en el Calendario de Avance de Obra, ha generado desde su inicio, la paralización de los equipos movilizados, según el siguiente listado:

EQUIPOS	CANTIDAD	HORAS DISPONIBLE
Camión Cisterna	4	10.00
Camión Imprimador	1	10.00
Camión Valquete	25	10.00
Cargador Frontal	3	10.00
Compresor de Aire	1	10.00
Excavadora	2	10.00
Motoniveladora	3	10.00
Pavimentadora	2	10.00
Reclcladora	2	10.00

Retro Excavadora	2	10.00
Rodillo Lliso	3	10.00
Rodillo Pata de Cabra	1	10.00
Rodillo Neumático	2	10.00
Rodillo Tanden	2	10.00
Tractor de Oruga	1	10.00
Minicargador Frontal	1	10.00
Planta de Asfalto (y sus componentes)	1	10.00

26. El Gobierno Regional del Callao no ha impugnado la validez ni ha cuestionado el contenido de ninguno de los Asientos del Cuaderno de Obra referidos por el Consorcio Nueva Gambetta. Tampoco se ha advertido la presencia de ninguna anotación del Supervisor de Obra que contradiga lo señalado por el Consorcio Nueva Gambetta en dichos Asientos.

27. Agrega este Tribunal que, inclusive, la opinión del Supervisor en cada uno de los cuatro (4) reclamos ha sido favorable al reclamo del Consorcio Nueva Gambetta. Ello se desprende de la revisión de los Informes Técnicos acompañados como medios probatorios al escrito de demanda y exhibidos en la Audiencia de Informes Orales. A manera de ejemplo, citamos el Informe Técnico N° 83-2013/SUPERVISIÓN/NG-TVLR emitido a propósito de la Solicitud de Ampliación de Plazo No. 10:

"El Contratista presenta una relación de maquinaria (afectada por la demora en la entrega de los terrenos Km. 22+900 al Km. 22+925 y Km. 23+043 al Km. 23+205 Vía Principal Lado Izquierdo del Sector Km. 22+650 al Km. 23+700 que ha sustentado técnicamente en base a la programación de acuerdo a los insumos y a sus rendimientos, incluyendo las horas trabajadas y las horas disponibles. Esta relación es concordante con lo realmente utilizado y verificado por la Supervisión; y con lo informado a la Entidad en los respectivos asientos del Cuaderno de Obra presentados en los informes y Valorizaciones Mensuales."

28. Constatación similar a la mencionada se advierte en los Informes del Supervisor emitidos a propósito de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 06,

09 y 12. En este punto, este Tribunal estima pertinente evaluar el rol que desempeña el Supervisor de Obra. Para ello, citamos el artículo 193 del Reglamento que dispone lo siguiente:

"Artículo 193.- Funciones del Inspector o Supervisor: La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el representante de velar directa y permanente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tienen como función controlar la ejecución de la Obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. (...)"

29. Ahora corresponde evaluar la cuantificación de los mayores Costos Directos reclamados. Sobre ello, el Gobierno Regional del Callao ha afirmado que el análisis técnico sería subjetivo por responder a criterios propios del perito Carlos López. Este Tribunal considera adecuado revisar el peritaje a fin de verificar la veracidad de la alegación de la parte demandada.

30. En el peritaje se ha dejado constancia que los costos de posesión empleados son los que se indicaron en el Expediente Técnico, y que tanto el Gobierno Regional del Callao y el Consorcio Nueva Gambetta, coinciden en los costos unitarios de la hora máquina, que la cantidad de horas trabajadas se derivan de los registros de la Obra sin embargo han sido revisados, reformulando los cálculos finales,

31. Este Tribunal hace notar que luego de haber revisado minuciosamente, las pruebas alcanzadas, el contenido de la pericia técnica, las exposiciones en las audiencias, y el entendimiento de la información en general aportada por las partes evidencia, que se consideran para la cuantificación periodos que se traslapan y para un mejor análisis estamos analizando el pedido desagregando el total del mismo en 4 grupos, tal como lo analiza el solicitante y el informe pericial, quedando:

32. Primer Grupo (retraso en la entrega del Terreno del Sector 4-2 comprendido entre las progresivas del Km. 24+300 al Km. 25+000); Con causales de demora del 22/07/2013 al 04/10/2013.
33. Segundo Grupo (retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 22+650 al Km. 23+700); Con causales de demora del 22/07/2013 al 04/10/2013.
34. Tercer Grupo (retraso en la entrega del Terreno del Tramo V - Sub tramo 3 de la Vía Principal, Lado Derecho, entre las progresivas del Km. 1+000 al Km. 1+700); Con causales de demora del 07/08/2013 al 29/11/2013.
35. Cuarto Grupo (retraso en la entrega del Terreno comprendido entre las progresivas del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V); Con causales de demora del 31/08/2013 al 23/01/2014



Agrupamiento para el análisis	Del	Al	N° de días SOLICITADO
primer grupo	22/07/2013	04/10/2013	75
segundo grupo	22/07/2013	30/09/2013	63
	01/12/2013	05/12/2013	5
tercer grupo	07/08/2013	29/11/2013	62
cuarto grupo	31/08/2013	23/01/2014	110

36. Que para ello se ha utilizado la información alcanzada por las partes, tomándose en cuenta los traslapes, previo a efectuar la cuantificación, y las pruebas actuadas.



Agrupamiento para el análisis	Inicio y término sin traslape		N° de días transcurridos	N° de días de Sub Utilización de Equipos
primer grupo	22/07/2013	04/10/2013	75	65
segundo grupo			-	-
tercer grupo	05/10/2013	29/11/2013	55	47
cuarto grupo	30/11/2013	23/01/2014	54	46

37. Que ante ello y teniendo en cuenta los equipos demandados para su reconocimiento, no objetado por el Gobierno Regional del Callao, de una manera objetiva, se obtuvo:

RESUMEN	Monto Liquidado	Monto Pagado por la Entidad	Documento aprobatorio	Saldo reconocido
primer grupo	527,129.20	528,110.30	Resolución N° 001-2014-GRC-GGR	-981.10
segundo grupo				
tercer grupo	1,459,955.36	860,453.73	Resolución N° 051-2014-GRC-GGR	599,501.63
cuarto grupo	1,394,381.44			1,394,381.44
Resumen				1,992,901.97

38. Se debe tener en cuenta que al tratarse de demoras en el proceso de ejecución de la obra, y no por paralización, deberá descontarse los montos sobre equipos que fueron valorizados desde el 22/07/2013 al 23/01/2014, actualizándose con los Índices Unificados al mes de la causal, más los intereses respectivos.

39. Por lo expuesto, el Tribunal dispone ordenar al Gobierno Regional del Callao que pague al Consorcio Nueva Gambetta los mayores Costos Directos por un total de SA 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 Nuevos Soles), a la que deberá descontarse los montos sobre equipos que fueron valorizados desde el 22/07/2013 al 23/01/2014, actualizando el resultante con los Índices Unificados al mes de la causal, más los intereses respectivos, desde el 12 de mayo de 2014, fecha de notificación de la demanda, hasta la fecha efectiva de pago.

CON RELACION A LA QUINTA PRETENSION PRINCIPAL DEL CONSORCIO NUEVA GAMBETTA

Punto controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene al Gobierno Regional del Callao reembolse a favor del Consorcio Nueva Gambetta los

gastos arbitrales (costos y costas) incurridos a propósito del presente proceso arbitral.

1. Los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que 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 estos costos entre las partes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Es por ello y teniendo en cuenta que este Tribunal estima que ambas partes tuvieron motivos suficientes para litigar e iniciar el presente arbitraje, se ordena que i) cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido; y, de la misma forma que ii) cada uno asuma equitativamente los gastos administrativos del Centro Arbitral y honorarios de los árbitros en los que se ha incurrido a propósito de la tramitación del presente arbitraje.
3. En el presente proceso el Consorcio Nueva Gambetta efectuó el pago los gastos arbitrales a su cargo. Asimismo, en la oportunidad que este Tribunal lo ordenó, se subrogó en el lugar del Gobierno Regional del Callao, asumiendo así la totalidad de los gastos administrativos y los honorarios de los miembros del presente Tribunal Arbitral -gastos que debieron ser asumidos en su día por la parte demandada-, conforme al siguiente detalle:
4. Por concepto de Honorarios del Tribunal: La suma de S/. 110,090.38 más IGV, que fueron pagados íntegramente por el Consorcio Nueva Gambetta. Sin embargo, solo correspondía al demandante asumir el 50% de dicho monto, por lo que corresponde que el Gobierno Regional del Callao pague al Consorcio S/. 55,045.19, más IGV e intereses, vía reembolso.
5. Por concepto de Gastos Administrativos: La suma de S/. 39,564.16 más IGV, que fueron pagados íntegramente por el Consorcio Nueva Gambetta. Sin embargo, solo correspondía al demandante asumir el 50% de dicho monto, por lo que corresponde que el Gobierno Regional del Callao pague al Consorcio S/. 19,782.08, más IGV e intereses, vía reembolso.

6. Por lo señalado, este Tribunal ordena al Gobierno Regional del Callao pagar al Consorcio Nueva Gambetta, vía reembolso de gastos arbitrales, la suma de S/. 74,827.27 (Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Veintisiete y 27/100 Nuevos Soles), más IGV e intereses.

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral -por unanimidad- LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Pretensión reconvenicional formulada por el Gobierno Regional del Callao.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal formulada por el Consorcio Nueva Gambetta; y, en consecuencia, se reconoce y se otorga al Consorcio Nueva Gambetta la Ampliación de Plazo N° 12, por treinta y cinco (35) días calendario respecto del 16 de agosto de 2014, por el retraso no imputable al Consorcio Nueva Gambetta por la falta de entrega del terreno: del Km. 01+700 al Km. 02+740 de la Vía Principal Lado Derecho e Izquierdo del Tramo V.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal formulada por el Consorcio Nueva Gambetta; en consecuencia, se ordena al Gobierno Regional del Callao pague al Consorcio Nueva Gambetta la suma de S/ 2'144,111.79 (Dos Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Once y 79/100) Nuevos Soles, más IGV y los intereses moratorios con la tasa de interés legal computados desde el 12 de mayo de 2014 hasta la fecha del pago del total del monto ordenado.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Tercera Pretensión Principal formulada por el Consorcio Nueva Gambetta.

QUINTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Cuarta Pretensión Principal formulada por el Consorcio Nueva Gambetta; en consecuencia, se ordena al Gobierno Regional del Callao pague al Consorcio Nueva Gambetta los mayores Costos Directos por un total de S/. 1'992,901.97 (Un millón novecientos noventa y dos mil novecientos uno con 97/100 Nuevos Soles), a la que deberá descontarse los montos sobre equipos que fueron valorizados desde el 22/07/2013 al 23/01/2014, actualizando el resultante con los Índices Unificados al mes de la causal, más los intereses respectivos, desde el 12 de mayo de 2014, fecha de notificación de la demanda, hasta la fecha efectiva de pago.

SEXTO: Con relación a la quinta pretensión principal, **ORDENAR** que cada parte asuma los costos de su defensa legal, y que los gastos arbitrales se dividan en montos iguales entre las partes. Por ello, se ordena al Gobierno Regional del Callao pague al Consorcio Nueva Gambetta, en calidad de reembolso, la suma de S/. 74,827.27 (Setenta y Cuatro Mil Ochocientos Veintisiete y 27/100 Nuevos Soles), más IGV e intereses, correspondientes a los gastos administrativos del Centro y honorarios de los árbitros que se autorizó pagar al Consorcio en defecto de la parte demandada.

SETIMO: Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día siguiente de su notificación.



JOSÉ TALAVERA HERRERA
Presidente del Tribunal Arbitral



ELIO OTINIANO SANCHEZ
Miembro del Tribunal



RONY SALAZAR MARTINEZ
Miembro del Tribunal